

Hoppe · Oldekop

# Geschäftsgeheimnisse

Schutz von Know-how und  
Geschäftsinformationen  
Praktikerhandbuch mit Mustern

Herausgegeben von

Daniel Hoppe  
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz  
Preu Bohlig & Partner, Hamburg

Dr. Axel Oldekop  
Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz  
Preu Bohlig & Partner, München

2. Auflage

Leseprobe

Carl Heymanns Verlag 2023

Zitiervorschlag: *Bearbeiter* in Hoppe/Oldekop, Geschäftsgeheimnisse, Kap. Rdn.

#### Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-452-29976-5

[www.wolterskluwer.de](http://www.wolterskluwer.de)

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insb für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autoren übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign Homburg Kirrberg

Satz: mediaTEXT Jena GmbH, Jena

Druck und Weiterverarbeitung: Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu, Sandomierz, Polen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier

# Inhaltsverzeichnis

<b>Vorwort</b> . . . . .	V
<b>Vorwort zur zweiten Auflage</b> . . . . .	VII
<b>Hinweise für die Onlinenutzung</b> . . . . .	XVII
<b>Bearbeiterverzeichnis</b> . . . . .	XIX
<b>Im Einzelnen haben bearbeitet:</b> . . . . .	XXI
<b>Abkürzungsverzeichnis</b> . . . . .	XXIII
<b>Gesamtliteraturverzeichnis</b> . . . . .	XXIX
<b>Kapitel 1 Materielles Recht</b> . . . . .	1
A. Einleitung . . . . .	6
I. Geschäftsgeheimnisrichtlinie (EU) 2016/943 . . . . .	7
1. Harmonisierungsgrad der Richtlinie . . . . .	7
2. Regelungsgehalt der Richtlinie . . . . .	8
II. Geschäftsgeheimnisgesetz . . . . .	9
1. Regelungsgehalt des GeschGehG . . . . .	9
2. Sachlicher Anwendungsbereich und Verhältnis zu anderen Vorschriften . . . . .	10
III. Übergangsrecht . . . . .	10
1. Zivilrechtliche Übergangsfälle . . . . .	11
2. Strafrechtliche Übergangsfälle . . . . .	14
IV. Richtlinienkonforme Auslegung und unmittelbare Anwendung der GeschGehRL . . . . .	15
V. Weitere Quellen des Geheimnisschutzes . . . . .	17
VI. Verhältnis zur Richtlinie 2004/48/EG . . . . .	18
B. Begriffsbestimmungen . . . . .	19
I. Geschäftsgeheimnis . . . . .	22
1. Einführung . . . . .	23
2. Nicht offenkundige Information . . . . .	24
3. Daher von wirtschaftlichem Wert . . . . .	39
4. Gegenstand angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen . . . . .	44
5. Berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung . . . . .	82
II. Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses . . . . .	85
1. Natürliche oder juristische Person . . . . .	85
2. Kontrolle über das Geschäftsgeheimnis . . . . .	86
3. Rechtmäßigkeit der Kontrolle . . . . .	92
4. Mehrheit von Inhabern . . . . .	94
III. Rechtsverletzer . . . . .	94
1. Natürliche oder juristische Person . . . . .	95
2. Rechtswidrige Erlangung, Nutzung oder Offenlegung . . . . .	96
3. Subjektive Voraussetzungen der Verletzereigenschaft . . . . .	96
4. Täter und Teilnehmer . . . . .	97
5. Intermediäre . . . . .	99
6. Ausnahme des § 2 Nr 3 Hs 2 GeschGehG . . . . .	100

IV.	Rechtsverletzendes Produkt . . . . .	100
1.	Konzeption, Merkmale, Funktionsweise, Herstellungsprozess oder Marketing . . . . .	101
2.	Beruhren auf rechtswidrig erlangtem, genutztem oder offengelegtem Geschäftsgeheimnis. . . . .	102
3.	Erheblicher Umfang. . . . .	103
4.	Beispiele . . . . .	105
C.	Erlaubte Handlungen, Handlungsverbote, Ausnahmen . . . . .	106
I.	Systematik der §§ 3 bis 5 GeschGehG. . . . .	107
1.	Allgemeines . . . . .	107
2.	Verhältnis der §§ 3, 4 GeschGehG zueinander . . . . .	108
II.	Erlaubte Handlungen. . . . .	110
1.	Die Erlaubnistatbestände des § 3 Abs 1 GeschGehG . . . . .	110
2.	Erlaubnistatbestand des § 3 Abs 2 GeschGehG. . . . .	143
III.	Handlungsverbote . . . . .	144
1.	Allgemeines . . . . .	144
2.	Verhältnis zu § 3 GeschGehG. . . . .	145
3.	Unbefugte Erlangung, § 4 Abs 1 GeschGehG. . . . .	145
4.	Unbefugte Nutzung und Offenlegung, § 4 Abs 2 GeschGehG. . . . .	150
5.	Mittelbare Verletzung, § 4 Abs 3 GeschGehG . . . . .	159
IV.	Ausnahmen . . . . .	161
1.	Einleitung . . . . .	162
2.	Schutz der Meinungs- und Pressefreiheit . . . . .	164
3.	Whistleblowing . . . . .	164
4.	Offenlegung durch Arbeitnehmer gegenüber der Arbeitnehmervertretung. . . . .	177
D.	Ansprüche bei Rechtsverletzungen . . . . .	178
I.	Einleitung . . . . .	178
II.	Intertemporale Anwendbarkeit . . . . .	179
III.	Territoriale Reichweite der Ansprüche . . . . .	181
IV.	Aktivlegitimation . . . . .	182
1.	Geheimnisinhaber . . . . .	182
2.	Mehrheit von Inhabern . . . . .	183
3.	Prozessstandschaft . . . . .	185
V.	Passivlegitimation . . . . .	185
VI.	Anspruch auf Beseitigung und Unterlassung . . . . .	186
1.	Allgemeines . . . . .	187
2.	Voraussetzungen und Umfang des Unterlassungsanspruchs . . . . .	187
3.	Voraussetzungen und Umfang des Beseitigungsanspruchs . . . . .	203
VII.	Vernichtung, Herausgabe, Rückruf, Entfernung und Rücknahme vom Markt. . . . .	204
1.	Einleitung . . . . .	205
2.	Herausgabe und Vernichtung von Trägermedien . . . . .	206
3.	Anspruch auf Rückruf rechtsverletzender Produkte . . . . .	214
4.	Anspruch auf Entfernung rechtsverletzender Produkte aus den Vertriebswegen. . . . .	218
5.	Anspruch auf Vernichtung rechtsverletzender Produkte. . . . .	219
6.	Anspruch auf Marktrücknahme. . . . .	219
VIII.	Auskunftsanspruch . . . . .	220
1.	Voraussetzungen des Auskunftsanspruchs. . . . .	221
2.	Inhalt der Auskunft . . . . .	221
3.	Nachforschungspflicht und Belegvorlage . . . . .	224
IX.	Unselbstständiger Rechnungslegungsanspruch . . . . .	225
1.	Voraussetzungen des unselbstständigen Rechnungslegungsanspruchs . . . . .	225
2.	Umfang des unselbstständigen Auskunftsanspruchs . . . . .	225
3.	Belegvorlage . . . . .	226
X.	Verhältnismäßigkeit . . . . .	227
1.	Allgemeines . . . . .	227
2.	Kriterien der Verhältnismäßigkeitsbeurteilung. . . . .	227
3.	Rechtsfolge. . . . .	229
XI.	Schadensersatz . . . . .	230

1.	Allgemeines . . . . .	231
2.	Spezifische Problemlagen . . . . .	231
3.	Voraussetzungen des Schadensersatzanspruchs. . . . .	233
4.	Rechtsfolge. . . . .	237
XII.	Bereicherungsausgleich . . . . .	238
XIII.	Haftung des Unternehmensinhabers . . . . .	238
1.	Beschäftigter oder Beauftragter . . . . .	238
2.	Zusammenhang zum Unternehmen . . . . .	239
3.	Tätigkeit für mehrere Unternehmen . . . . .	240
4.	Haftung auch für Beseitigungsansprüche? . . . . .	241
XIV.	Abmahnung. . . . .	241
E.	Strafvorschriften . . . . .	242
I.	Allgemeines . . . . .	242
1.	Historie, Zweck des § 23 GeschGehG und Systematik . . . . .	242
2.	Anwendungsbereich des § 23 GeschGehG. . . . .	244
II.	Tatbestandsvarianten des § 23 GeschGehG . . . . .	245
1.	Objektiver Tatbestand . . . . .	245
2.	Qualifikationstatbestände des § 23 Abs 4 GeschGehG . . . . .	257
3.	Tatbestandsausschluss durch § 5 GeschGehG . . . . .	258
4.	Subjektiver Tatbestand . . . . .	259
III.	Rechtswidrigkeit . . . . .	261
IV.	Versuch. . . . .	262
V.	Täterschaft und Teilnahme . . . . .	263
VI.	Strafantrag. . . . .	263
<b>Kapitel 2</b>	<b>Ermittlung des Sachverhalts. . . . .</b>	<b>264</b>
A.	Interne Ermittlungen. . . . .	266
I.	Lockspitzel . . . . .	266
II.	Whistleblowing. . . . .	268
III.	Private Vernehmungen . . . . .	271
1.	Aussagepflicht und Aussageverweigerungsrechte . . . . .	271
2.	Formale Vorgehensweise . . . . .	274
3.	Interne Sonderuntersuchungen . . . . .	282
B.	Staatsanwaltliche Ermittlungen . . . . .	284
I.	Strafanzeige und Strafantrag . . . . .	284
1.	Örtlich zuständige StA . . . . .	285
2.	Begründung des Anfangsverdachts, insbesondere durch Strafanzeige . . . . .	289
3.	Strafantrag . . . . .	295
4.	Besonderes öffentliches Interesse an der Strafverfolgung . . . . .	299
II.	Entscheidung über Einleitung und Einstellung der Ermittlungen . . . . .	301
1.	Keine Aufnahme von Ermittlungen . . . . .	301
2.	Verweisung auf den Privatklageweg . . . . .	301
3.	Einstellungen nach §§ 153, 153a StPO. . . . .	302
4.	Einstellung nach § 170 Abs 2 StPO . . . . .	303
5.	Einstellung und Beschränkung nach §§ 154, 154a StPO . . . . .	303
III.	Einsatz externer Ermittlungskapazitäten zur Aufbereitung der Akten. . . . .	304
IV.	Akteneinsicht im Strafverfahren . . . . .	307
1.	Ausgangslage. . . . .	308
2.	Gegenstand der Akteneinsicht. . . . .	313
3.	Allgemeine Grundsätze der Akteneinsicht . . . . .	315
4.	Möglichkeiten der Akteneinsicht . . . . .	316
C.	Zivilrechtliche Beweissicherung . . . . .	328
I.	Einleitung . . . . .	329
II.	Prozessrechtliche Besichtigung und Beweismittelvorlage . . . . .	330
1.	Vorlage- und Besichtigungsanordnungen nach §§ 142, 144 ZPO . . . . .	331
2.	Vorlage und Besichtigung aufgrund Beweisantritt . . . . .	332

3.	Selbstständiges Beweisverfahren (Beweissicherungsverfahren) . . . . .	334
4.	Beweisaufnahme im EU-Ausland . . . . .	335
III.	Materiell-rechtlicher Besichtigungs- und Vorlageanspruch . . . . .	335
1.	§§ 809, 810 BGB . . . . .	335
2.	Anwendbarkeit in Geschäftsgeheimnisstreitsachen . . . . .	335
3.	Voraussetzungen des § 809 BGB . . . . .	337
4.	Voraussetzungen des § 810 BGB . . . . .	340
5.	Inhalt des Besichtigungs- und Vorlageanspruchs . . . . .	342
IV.	Prozessuale Durchsetzung . . . . .	345
1.	Hauptsacheverfahren . . . . .	345
2.	Einstweilige Besichtigungs-/Vorlageverfügung . . . . .	346
3.	Selbstständiges Beweisverfahren . . . . .	349
4.	Selbstständiges Beweisverfahren und Duldungsverfügung – »Düsseldorfer Praxis« . . . . .	350
V.	Geheimnisschutz . . . . .	353
1.	Schutz des Antragstellers (Geheimnisinhaber) . . . . .	353
2.	Schutz des Antragsgegners (Besichtigungs-/Vorlageschuldner) . . . . .	355
VI.	Vollziehung der Maßnahme . . . . .	359
1.	Ablauf der Besichtigung . . . . .	359
2.	Zwangsvollstreckung . . . . .	360
VII.	Entscheidung über die Aushändigung des Gutachtens . . . . .	363
1.	Keine entgegenstehenden Geheimhaltungsinteressen . . . . .	363
2.	Entgegenstehende Geheimhaltungsinteressen . . . . .	364
3.	Auswirkungen der Rechtswidrigkeit der Maßnahme auf die Freigabe . . . . .	365
VIII.	Rechtsschutz . . . . .	368
1.	Anfechtung der einstweiligen Besichtigungs-/Vorlageverfügung . . . . .	368
2.	Rechtsmittel gegen Besichtigungs-/Vorlagemaßnahmen im Hauptsacheverfahren . . . . .	369
3.	Anfechtung der Anordnung des selbstständigen Beweisverfahrens . . . . .	369
4.	Anfechtung der Duldungsverfügung . . . . .	369
5.	Sofortige Beschwerde gegen Herausgabe des Sachverständigengutachtens . . . . .	370
6.	Ablehnung des Gerichtssachverständigen . . . . .	371
IX.	Schadensersatz . . . . .	371
X.	Kosten . . . . .	372
1.	Einstweilige Besichtigungs- bzw Vorlageverfügung . . . . .	372
2.	Hauptsacheverfahren (Stufenklage) . . . . .	372
3.	Selbstständiges Beweisverfahren . . . . .	373
4.	»Düsseldorfer Praxis« . . . . .	373

<b>Kapitel 3</b>	<b>Das zivilrechtliche Geheimnisschutzverfahren . . . . .</b>	<b>375</b>
A.	Einleitung . . . . .	377
B.	Anwendung der Verfahrensregeln des GeschGehG . . . . .	378
I.	Sachlicher Anwendungsbereich . . . . .	378
1.	Geschäftsgeheimnisstreitsachen . . . . .	378
2.	Richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs »streitgegenständliche Informationen« . . . . .	380
3.	Analoge Anwendung der Verfahrensregeln des GeschGehG in anderen Streitsachen? . . . . .	381
4.	Anwendungsbeschränkungen hinsichtlich der Verfahrensart? . . . . .	384
5.	Anwendungsbeschränkungen hinsichtlich der Klageart? . . . . .	385
6.	Gemischte Streitsachen . . . . .	389
II.	Zeitlicher Anwendungsbereich . . . . .	390
1.	Ab Inkrafttreten des Gesetzes anhängig gemachte Rechtsstreitigkeiten . . . . .	390
2.	Alt- bzw Übergangsfälle . . . . .	390
C.	Rechtsweg und Zuständigkeit . . . . .	391
I.	Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte . . . . .	391

1.	Allgemeines . . . . .	392
2.	Internationale Zuständigkeit nach der EuGVVO . . . . .	392
3.	Behandlung der internationalen Zuständigkeit im Prozess . . . . .	392
II.	Rechtswegzuständigkeit der Arbeitsgerichte . . . . .	393
1.	Allgemeines . . . . .	393
2.	Rechtsweg zu den Arbeitsgerichten . . . . .	394
III.	Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte . . . . .	396
IV.	Zuständigkeit der Landgerichte . . . . .	396
1.	Sachliche Zuständigkeit . . . . .	396
2.	Örtliche Zuständigkeit . . . . .	397
3.	Gerichtsintern zuständiger Spruchkörper . . . . .	399
4.	Zuständigkeitskonzentration, § 15 Abs 3 GeschGehG . . . . .	400
5.	Zuständigkeit im Arrest- und Verfügungsverfahren . . . . .	400
V.	Rechtswegstreitigkeiten . . . . .	400
1.	Unzulässiger Rechtsweg . . . . .	400
2.	Kompetenzstreit . . . . .	401
VI.	Übergangsfälle . . . . .	401
D.	Spezifische Probleme in Geschäftsgeheimnisstreitsachen . . . . .	401
I.	Antragstellung . . . . .	402
1.	Allgemeines . . . . .	402
2.	Die Bestimmung des Streitgegenstandes . . . . .	402
3.	Unterlassung . . . . .	404
4.	Auskunft . . . . .	411
5.	Schadensersatz . . . . .	412
6.	Vernichtung/Herausgabe/Rückruf/Entfernung aus den Vertriebswegen/Rücknahme vom Markt . . . . .	413
7.	Urteilsbekanntmachung . . . . .	414
II.	Geheimhaltung . . . . .	415
1.	Einstufung von Informationen als geheimhaltungsbedürftig (§ 16 Abs 1 GeschGehG) . . . . .	415
2.	Beschränkung des Zugangs (§ 19 Abs 1 GeschGehG) . . . . .	431
III.	Geheimhaltung im patentrechtlichen Verfahren . . . . .	443
1.	Anwendungsbereich . . . . .	444
2.	Streitgegenständliche Informationen . . . . .	447
3.	Entsprechende Anwendung der §§ 16 ff GeschGehG . . . . .	448
III.	Nachweis der Nutzung eines Geschäftsgeheimnisses . . . . .	448
1.	Schlüssiger und substantierter Vortrag . . . . .	449
2.	Sekundäre Darlegungs- und Beweislast . . . . .	449
3.	Anscheinsbeweis . . . . .	450
IV.	Einwand des Erfahrungswissens . . . . .	451
V.	Mitwirkungsbefugnis von Patentanwälten in Geschäftsgeheimnisstreitsachen . . . . .	452
	<b>Kapitel 4 Das Strafverfahren . . . . .</b>	<b>453</b>
A.	Strafprozessuale Maßnahmen . . . . .	453
I.	Allgemeines . . . . .	453
II.	Durchsuchungsmaßnahmen und Beschlagnahme . . . . .	454
1.	Durchsuchungen in Unternehmen . . . . .	455
2.	Durchsuchungen beim Beschuldigten zu Hause . . . . .	456
III.	Die Beschlagnahme . . . . .	456
IV.	Mitnahme zur Durchsicht, § 110 StPO . . . . .	457
V.	Besonderheiten beim Zugriff auf Daten . . . . .	458
VI.	Sachverständige Untersuchungen . . . . .	459
VII.	Einziehung . . . . .	459
1.	Rechtliche Grundlagen der Einziehung . . . . .	459
2.	Die Einziehung im Rahmen des § 23 GeschGehG . . . . .	462
3.	Praktische Bedeutung der Einziehung bei § 23 GeschGehG . . . . .	462

## Inhaltsverzeichnis

---

4.	Einziehung bei bloßer Kenntnisnahme von Geschäftsgeheimnissen . . . . .	462
5.	Einziehung bei Erlangung von verkörperten Geschäftsgeheimnissen . . . . .	463
6.	Einziehung bei wirtschaftlicher Nutzung von Geschäftsgeheimnissen . . . . .	463
7.	Die Ermittlung des (Wertes des) Einzuziehenden . . . . .	464
8.	Die Bedeutung der Einziehung im Ermittlungsverfahren . . . . .	467
9.	Verfahren zur Entschädigung der Geschädigten. . . . .	467
B.	Zwischenverfahren . . . . .	470
C.	Spezifische Aspekte des Hauptverfahrens . . . . .	472
I.	Ausschluss der Öffentlichkeit . . . . .	472
II.	Der Schutz des Geschäftsgeheimnisses in der Hauptverhandlung . . . . .	473
III.	Adhäsionsverfahren . . . . .	474
1.	Antrag. . . . .	475
2.	Entscheidung über den Antrag . . . . .	476
3.	Eignung des Adhäsionsverfahrens. . . . .	477
<b>Kapitel 5</b>	<b>Muster . . . . .</b>	<b>479</b>
A.	Zivilrechtliche Muster . . . . .	480
1.	Klage . . . . .	480
2.	Antrag auf prozessuale Geheimhaltungsmaßnahmen . . . . .	499
3.	Ablaufplan für das Verfahren . . . . .	503
4.	Besichtigungsantrag . . . . .	506
5.	Klageerwiderung . . . . .	517
6.	Information an Dritte . . . . .	524
7.	Vertraulichkeitsvereinbarung . . . . .	528
B.	Strafrechtliche Muster . . . . .	534
1.	Strafanzeige und Strafantrag . . . . .	534
2.	Beschwerde gegen Durchsuchung und Beschlagnahme. . . . .	542
3.	Antrag auf Akteneinsicht . . . . .	552
4.	Widerspruch gegen Akteneinsicht . . . . .	555
5.	Antrag auf gerichtliche Entscheidung. . . . .	559
6.	Privatklage. . . . .	563
C.	Muster Vertragsklauseln . . . . .	571
1.	Geheimhaltungsklausel Arbeitsvertrag . . . . .	571
2.	Nachvertragliches Wettbewerbsverbot . . . . .	572
<b>Entscheidungsregister . . . . .</b>	<b>575</b>	
<b>Stichwortverzeichnis . . . . .</b>	<b>603</b>	



## Bearbeiterverzeichnis

### **Dr. Johannes Altenburg**

Fachanwalt für Strafrecht  
Roxin Rechtsanwälte, Hamburg

### **Daniel Hoppe**

Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz  
Preu Bohligh & Partner, Hamburg

### **Christian Holtz**

Rechtsanwalt  
Preu Bohligh & Partner, Hamburg

### **Dr. Matthias Lodemann, LL.M. (Wellington)**

Fachanwalt für Arbeitsrecht  
Schramm Meyer Kuhnke, Hamburg

### **Martin Momtschilow**

Rechtsanwalt  
Preu Bohligh & Partner, Düsseldorf

### **Dr. Axel Oldekop**

Fachanwalt für Gewerblichen Rechtsschutz  
Preu Bohligh & Partner, München

### **Tobias Pichlmaier**

Vorsitzender Richter  
Landgericht München I

### **Dr. Peter Schneiderhan**

Oberstaatsanwalt a.D.  
Staatsanwaltschaft Stuttgart

### **Dr. Nina Tholuck**

Fachanwältin für Arbeitsrecht  
Schramm Meyer Kuhnke, Hamburg

Einordnung solcher Informationen unter das Merkmal der berechtigten Interessen ist deshalb kaum möglich. Hinzu kommt, dass in vielen Fällen auch Informationen über **rechtlich missbilligte Vorgänge** den Schutz der Rechtsordnung genießen können. Das wird ersichtlich bspw an den **Auskunfts- und Zeugnisverweigerungsrechten** der Prozessorordnungen, die ein berechtigtes Interesse Betroffener voraussetzen, auch solche Informationen über rechtswidrige Vorgänge zurückzuhalten, an denen ein Aufklärungsinteresse besteht. Es ist deshalb eine unbegründete Behauptung, dass Informationen iSd § 2 Nr 1 GeschGehG als solche den Schutz der Rechtsordnung genießen oder eben nicht und deshalb einem berechtigten Interesse zugeordnet werden können oder eben nicht.

Schließlich muss eine solche Anwendung des Merkmals des berechtigten Interesses zwingend daran scheitern, dass das **berechtigte Interesse einem Interesse Dritter gegenüberzustellen ist**, sei es einem Interesse der Allgemeinheit oder einem Interesse eines konkreten Dritten. Ein berechtigtes Interesse als solches, das sich nicht an Interessen anderer messen lassen muss, ist kein tauglicher Beurteilungsmaßstab. § 2 Nr 1 lit c) GeschGehG sieht aber eine solche Bezugnahme auf konkrete Interessen Dritter oder der Allgemeinheit nicht vor. Diese werden vielmehr erst im Rahmen des § 5 GeschGehG thematisiert. Eine Information unabhängig von einer konkreten Interessenabwägung, also einer Abwägung einander gegenüberstehender Interessen, vom Schutz als Geschäftsgeheimnis generell auszuschließen, ist weder logisch noch europarechtlich zulässig, da es mit der Richtlinie nicht vereinbar ist. 264

## II. Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses

Inhaber des Geschäftsgeheimnisses ist nach § 2 Nr 2 GeschGehG jede **natürliche oder juristische Person**, welche die **rechtmäßige Kontrolle** über das Geschäftsgeheimnis hat. Zutreffend weist McGuire darauf hin, dass zwischen den Begriffen des Geheimnisinhabers und des Geheimnisträgers zu unterscheiden ist.<sup>438</sup> Die GeschGehRL schweigt zur Inhaberschaft von Geschäftsgeheimnissen, insbesondere im Rahmen von Kooperationsverträgen oder auch in den Rechtsbeziehungen zu Mitarbeitern. Diese Regelungsbereiche bleiben daher dem jeweiligen nationalen Recht oder vertraglichen Vereinbarungen der Beteiligten überlassen.<sup>439</sup> Auch das GeschGehG enthält hierzu jedoch keine Regelungen, sondern nur eine **äußerst vage Definition**,<sup>440</sup> was die Rechtsanwendung nicht erleichtert.<sup>441</sup> Inhaberschaft ist die rechtliche Beziehung eines Rechtssubjekts zum Geschäftsgeheimnis. 265

### 1. Natürliche oder juristische Person

Inhaber des Geschäftsgeheimnisses kann jede natürliche oder juristische Person sein. Das umfasst auch juristische Personen des öffentlichen Rechts.<sup>442</sup> Für die Qualifikation als möglicher Geheimnisinhaber ist es unerheblich, ob sich die juristische Person des öffentlichen Rechts erwerbswirtschaftlich betätigt und wie ein privates Unternehmen am Wettbewerb teilnimmt.<sup>443</sup> 266

438 McGuire, in Büscher, UWG, § 2 GeschGehG Rn 71.

439 Lejeune, CR 2016, 330, 332; Stellungnahme des MPI, GRUR-Int. 2014, 554, 555.

440 Sagstetter, S. 13.

441 Klein/Wegener, ArbR aktuell 2017, 531, 533.

442 McGuire, in Büscher, UWG, § 2 GeschGehG Rn 70.

443 Köhler, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl 2019, vor §§ 17 bis 19 Rn 18; unklar: Alexander, WRP 2017, 1034, 1040.

- 267 Der Begriff der **juristischen Person** im Sinne der GeschGehRL ist ein **autonomer Rechtsbegriff des Unionsrechts**, der in einem weiten Sinne zu verstehen ist.<sup>444</sup> Unter den Begriff der juristischen Person fallen in unionsrechtskonformer Auslegung deshalb auch Personengesellschaften und rechtsfähige Vereine.<sup>445</sup>
- 268 Ob andere Personenvereinigungen, wie bspw ein Betriebsrat, Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses sein können, ist zweifelhaft. IdR wird es in solchen Fällen ohnehin entweder mangels angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen an einem Geschäftsgeheimnis fehlen oder die Kontrolle über das Geschäftsgeheimnis beim Unternehmen liegen.

## 2. Kontrolle über das Geschäftsgeheimnis

- 269 Der Begriff der Kontrolle über das Geschäftsgeheimnis ist im Gesetz nicht definiert. In Zweifelsfällen scheint er kaum geeignet, eine klare Zuordnung des Geschäftsgeheimnisses zu einem Inhaber zu ermöglichen,<sup>446</sup> insbesondere bei **Beteiligung mehrerer Personen** an der Entstehung einer Information.<sup>447</sup> Klar zu sein scheint nur, dass derjenige, der Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses sein will, dafür Sorge tragen muss, dass er die »rechtmäßige Kontrolle« über das Geschäftsgeheimnis hat.<sup>448</sup>
- 270 ► Die Feststellung der Kontrolle kann im Einzelfall erhebliche Probleme aufwerfen. Es ist deshalb dringend zu empfehlen, die Fragen der Kontrolle, soweit es geht, vertraglich zu regeln. Dazu gehört auch die Vereinbarung von (Weisungs-) Befugnissen, wodurch demjenigen, der die Kontrolle innehaben möchte, ein jederzeit durchsetzbarer Zugang zu den Informationen gesichert wird.
- Wichtig ist dabei, die betroffenen Geschäftsgeheimnisse eindeutig zu bezeichnen, da Kontrolle immer nur über ein eindeutig zu identifizierendes Objekt stattfinden kann.
- 271 Die Kontrolle über das Geheimnis kann **originär** bei demjenigen bestehen, der die **Information selbst generiert** hat.<sup>449</sup> Davon erfasst sind Fälle eigener Entdeckungen, Innovationen und Schöpfungen.<sup>450</sup> Sie kann darüber hinaus abgeleitet werden,<sup>451</sup> wobei dies nicht unbedingt einen Fall der Rechtsnachfolge darstellen muss, sondern auch den rein tatsächlichen, rechtlich legitimierten Übergang der Herrschaftsmacht über die Information bezeichnen kann.<sup>452</sup> Wohl auf dieser Basis wird teilweise angenommen, dass bei der Vergabe von Werkleistungen an Dritte idR das beauftragende Unternehmen und nicht etwa der beauftragte Dienstleister Inhaber des Geschäftsgeheimnisses werden soll.<sup>453</sup>
- 272 Nach dem Wortlaut des Gesetzes muss die **Kontrolle über das Geschäftsgeheimnis** bestehen. Die rein tatsächliche Kontrolle über die Information ist hierfür kein hinreichendes Kriterium. Dies scheint in der Literatur übersehen zu werden, soweit unkritisch auch dem

444 Alexander, WRP 2017, 1034, 1040.

445 McGuire, in Büscher, UWG, § 2 GeschGehG Rn 70; Alexander, WRP 2017, 1034, 1040.

446 Vgl Staffler, NZWiSt 2018, 269, 273; Wunner, WRP 2019, 710, 716.

447 Sagstetter, S. 13.

448 Scheja, CR 2018, 485, 489; Thiel, WRP 2019, 700, 701.

449 Köhler, in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 37. Aufl 2019, vor §§ 17 bis 19 UWG Rn 18; Ohly, GRUR 2019, 441, 445.

450 Alexander, WRP 2017, 1034, 1040; Glinke, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 2 Nr 2 Rn 111.

451 Köhler, in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 37. Aufl 2019, vor §§ 17 bis 19 UWG Rn 18.

452 Ungenau insoweit Ohly, GRUR 2019, 441, 445.

453 OLG Schleswig 26.01.2022, 6 W 1/22 – Informationsübertragungssystem\*.

Lizenznehmer die Position eines Geheimnisinhabers zugeschrieben wird.<sup>454</sup> Der Lizenznehmer mag zwar die tatsächliche Kontrolle über die Information haben, über das Geheimnis hat er sie aber idR nicht, da er **in seinem Umgang mit dem Geheimnis aufgrund des Lizenzvertrags beschränkt** ist und seine Befugnis lediglich vom Inhaber ableitet.<sup>455</sup>

#### a) Erwerb der Kontrolle

Nach der bislang in der Literatur vertretenen Ansicht hat die Kontrolle derjenige inne, der **Zugriff auf die Information** hat.<sup>456</sup> Teilweise wird auch vertreten, es komme darauf an, dass eine faktische Verfügungsmacht vorliege, der eine rechtmäßige Erlangung zugrundeliegt.<sup>457</sup> Besondere Probleme können sich im **Arbeitsverhältnis** stellen. Stellte man auf die tatsächliche Zugriffsmöglichkeit ab, hätte bspw der Arbeitnehmer die Kontrolle über das Geschäftsgeheimnis und könnte originärer Inhaber sein, solange der Arbeitgeber die Informationen nicht bekommen hat.<sup>458</sup> Demgegenüber wird auch vertreten, der Begriff der Kontrolle könne in Zusammenschau mit einem angeblich erforderlichen Unternehmensbezug sowie den fraglos notwendigen Geheimhaltungsmaßnahmen verstanden werden, so dass bspw im Verhältnis von Arbeitnehmer zu Arbeitgeber eine **Zuordnung der Kontrolle auf den Arbeitgeber** stattfinde.<sup>459</sup> Auch wird diskutiert, im Arbeitsverhältnis einen originären Geheimniserwerb beim Arbeitgeber dadurch zu begründen, dass nur dort ein Geheimhaltungswille sowie ein berechtigtes wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung vorliegen werden.<sup>460</sup>

#### aa) Originäre Kontrolle

Das Gesetz trifft keine Aussage darüber, wer die originäre Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis innehat. Es setzt die ursprüngliche Inhaberschaft vielmehr voraus.<sup>461</sup>

#### (1) Zuordnung im Arbeitsverhältnis

Eine originäre Inhaberschaft des Unternehmens im Verhältnis zu den im Unternehmen beschäftigten Arbeitnehmern ist im GeschGehG nicht geregelt<sup>462</sup> und auch sonst nicht

454 Ohly, GRUR 2019, 441, 445; Semrau-Brandt, GRUR-Prax 2019, 127, 129.

455 Vgl McGuire, WRP 2019, 679, 683; zirkelschlüssig: Thiel, WRP 2019, 700, 703, nach der Lizenznehmer Geheimnisinhaber sind, wenn sie die rechtmäßige Kontrolle über ein Geschäftsgeheimnis haben; eine Rechtsinhaberschaft des Lizenznehmers mit Hinweis auf den Willen des Gesetzgebers bejahend auch Glinke, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 2 Nr 2 Rn 108.

456 Vgl Klein/Wegener, ArbRAktuell 2017, 531, 533.

457 Glinke, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 2 Nr 2 Rn 111, die allerdings die faktische Verfügungsmacht mit Blick auf Besonderheiten der Ausübung der Kontrolle im Arbeitsverhältnis oder bei Smart Cars und komplexen Werkzeugmaschinen dann doch zu einer rechtlich begründeten Kontrolle macht.

458 Hoeren/Münker, WRP 2018, 150, 152; Wunner, WRP 2019, 710, 716.

459 Klein/Wegener, ArbR aktuell 2017, 531, 533.

460 Klein/Wegener, ArbR aktuell 2017, 531, 532.

461 Hauck, GRUR-Prax 2019, 223; Klein/Wegener, ArbRAktuell 2017, 531, 532; Müllmann, WRP 2018, 1177, 1182.

462 Thiel, WRP 2019, 700, 701.

ohne Weiteres zu begründen.<sup>463</sup> Soweit Arbeitsergebnisse von Arbeitnehmern geschaffen werden, ließe sich argumentieren, dass die **originäre Kontrolle** beim Arbeitnehmer als **Schöpfer der Information** liegen muss.<sup>464</sup> Damit ist allerdings nicht die Frage beantwortet, wem die Schöpfung einer potentiell ein Geschäftsgeheimnis darstellenden Information zuzurechnen ist, ob der Arbeitnehmer also überhaupt als Schöpfer dieser Information anzusehen ist.<sup>465</sup>

- 276 Die Zuordnung von Rechten an Arbeitsergebnissen ist in verschiedenen Rechtsbereichen unterschiedlich geregelt. In der Regel steht eine geistige Leistung im Bereich des Immaterialgüterrechts dem Arbeitnehmer zu, und Rechte an ihr werden erst durch eine gesetzliche Anordnung oder eine vertragliche Regelung auf den Arbeitgeber übertragen.<sup>466</sup> So ist im Patentrecht eine Inanspruchnahme durch den Arbeitgeber erforderlich, im Designrecht stehen die Rechte nach § 7 Abs 2 DesignG idR dem Arbeitgeber zu, im Urheberrecht bedarf es der Einräumung von Nutzungsrechten, auch wenn diese stillschweigend stattfinden kann.<sup>467</sup> Für **nicht Schutzrechten zugängliche Arbeitsergebnisse**, wie zum Beispiel Kundenlisten, wird eine Zurechnung zum Unternehmen und damit eine originäre Inhaberschaft des Unternehmensträgers eher zu begründen sein, wenn das Unternehmen die erforderlichen technischen oder organisatorischen Voraussetzungen schafft.<sup>468</sup> Bei anderen schöpferischen Leistungen, in denen der Anteil des Unternehmens zurücktritt, muss auf vertraglicher oder gesetzlicher Basis die Überleitung auf das Unternehmen sichergestellt werden.<sup>469</sup> Zweifelhafte ist, ob eine Information über eine technische Entwicklung unter Geheimnisschutzgesichtspunkten originär dem Arbeitgeber zugeordnet werden kann, während es aus Sicht des Arbeitnehmererfindungsrechts für den Rechtsübergang auf den Arbeitgeber einer Inanspruchnahme bedarf.<sup>470</sup> Dies kann zum Auseinanderfallen von Inhaberschaft am Geheimnis und an der Erfindung führen. In dem Verzicht auf eine Inanspruchnahme dürfte jedenfalls nicht ohne Weiteres eine Übertragung der Inhaberposition am Geschäftsgeheimnis auf den Arbeitnehmer zu sehen sein. Dies wird bspw in Fällen klar, in denen der Arbeitgeber die Inanspruchnahme der aus seiner Sicht geheimhaltungsbedürftigen Entwicklung ablehnt, weil sie aus seiner Sicht nicht patentfähig ist.<sup>471</sup>

463 Hauck, GRUR-Prax 2019, 223; Klein/Wegener, ArbR aktuell 2017, 531, 533; Steinmann, S. 160; aA Schulte, ArbRB 2019, 143, 144; Harte-Bavendamm, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2 Rn 74; Glinke, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 2 Nr 2 Rn 117.

464 Klein/Wegener, ArbR aktuell 2017, 531, 533.

465 AA Vianello, ZdiW 2021, 207, 209, der eine originäre Inhaberschaft grds beim Arbeitnehmer annimmt.

466 Steinmann, S. 159.

467 Harte-Bavendamm, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2 Rn 74.

468 Hauck, GRUR-Prax 2019, 223; McGuire, IPRB 2018, 202, 204; weitergehend Wunner, WRP 2019, 710, 716, die im Hinblick auf die Ziele der GeschGehRL generell für Entstehen des Geheimnisses beim Unternehmen votiert; ähnlich Glinke, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 2 Nr 2 Rn 118, die darauf abstellt, ob die Schöpfung i.R.d. vertraglichen Aufgabenkreises liegt.

469 Kalbfus, GRUR-Prax 2017, 391, 392; Klein/Wegener, ArbR aktuell 2017, 531, 533; McGuire, WRP 2019, 679, 683; McGuire, IPRB 2018, 202, 203; Thiel, WRP 2019, 700, 701.

470 So aber Glinke, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 2 Nr 2 Rn 119.

471 Zu den bei Freigabe der Dienstleistung geltenden Pflichten detailliert: Bartenbach/Volz, AbnErfG, 6. Aufl 2019, § 8 nF Rn 77 ff.

► Die Zuordnung von Arbeitsergebnissen auf den Arbeitgeber sollte angesichts der mit der gesetzlichen Definition verbundenen Unsicherheiten in jedem Falle vertraglich geregelt werden.<sup>472</sup> Dabei ist zu beachten, dass die betroffenen Geschäftsgeheimnisse möglichst konkret bezeichnet sind. Andernfalls sind Streitigkeiten über Umfang und Wirksamkeit der Klausel programmiert. 277

Teilweise wird vertreten, dass durch das Merkmal der angemessenen Schutzmaßnahmen die Kontrolle originär beim Unternehmen auch gegenüber seinen Arbeitnehmern begründet werde.<sup>473</sup> Dieser Ansatz ist indes zirkelschlüssig. Die angemessenen Geheimhaltungsmaßnahmen obliegen dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses und können den Inhaber schon deshalb nicht definieren. Außerdem lässt sich so keine Antwort darauf finden, wem die Rechte am Geheimnis zustehen, denn durch Etablierung angemessener Geheimhaltungsmaßnahmen könnte sowohl der Arbeitnehmer als auch der Arbeitgeber zum Inhaber werden.<sup>474</sup> Es ergibt sich für die Unternehmen deshalb auch keine Pflicht, durch arbeitsvertragliche und betriebliche Anweisungen Geheimhaltungsstrukturen zu schaffen und damit originäre Erwerbstatbestände zu begründen.<sup>475</sup> Etabliert der Arbeitgeber solche Strukturen aber, wird man ihm die Kontrolle über das Geschäftsgeheimnis nicht absprechen können. Auf eine Kenntnisnahme von der Information kommt es hierfür nicht an.<sup>476</sup> 278

## (2) Außerhalb des Arbeitsverhältnisses

Besondere Herausforderungen stellen sich im Kontext von Industrie 4.0, insbesondere bei der Zuordnung maschinengenerierter Daten zwischen dem Unternehmen, das Industrieroboter herstellt und jenem, das den Roboter einsetzt und aus der Datengenerierung entsprechenden Nutzen ziehen wird.<sup>477</sup> Die Komplexität geht so weit, dass bisweilen geraten wird, Unternehmen sollten bei der Auswahl ihrer verschiedenen Produktionsstandorte strategisch darauf achten, wie es in den jeweiligen Rechtsordnungen um das Ausmaß und die Durchsetzung des Geheimnisschutzes steht.<sup>478</sup> Aufgrund der Weiterentwicklungsmöglichkeiten im Nutzerunternehmen soll dort ein »evolutives« Geschäftsgeheimnis entstehen.<sup>479</sup> Bei der Generierung von Fahrzeugdaten, die nur für den Hersteller des Fahrzeugs auf einem im Fahrzeug verbauten Datenträger gespeichert werden, soll eine Kontrolle des Fahrzeugherstellers jedenfalls dann vorliegen, wenn der Eigentümer des Fahrzeugs die Daten nicht ohne Weiteres auslesen kann.<sup>480</sup> 279

### bb) Derivativer Erwerb der Kontrolle

Die **Übertragbarkeit des Geschäftsgeheimnisses** ist im Gesetz nicht ausdrücklich geregelt, wird aber nach herrschender Meinung vorausgesetzt, wobei sie sich e contrario aus 280

472 Steinmann, S. 188.

473 Hoeren/Münker, WRP 2018, 150, 152; Klein/Wegener, ArbR aktuell 2017, 531, 533.

474 Steinmann, S. 160.

475 AA Hoeren/Münker, WRP 2018, 150, 152 unter Hinweis auf Klein/Wegener, GRUR-Prax 2017, 394, 396.

476 Steinmann, S. 160.

477 Staffler, NZWiSt 2018, 269, 271; auf die Erforderlichkeit von vertraglichen Maßnahmen verweisen Hessel/Leffer, MMR 2020, 647, 650.

478 Staffler, NZWiSt 2018, 269, 271.

479 Staffler, NZWiSt 2018, 269, 272.

480 Krüger/Wiencke/Koch, GRUR 2020, 578, 582.

§ 4 Abs 1 GeschGehG ergeben soll.<sup>481</sup> Diese Begründung ist indes wenig überzeugend, denn § 4 Abs 1 GeschGehG regelt nicht die zivilrechtliche Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines Rechtserwerbs, sondern enthält Fallkonstellationen, in denen die **faktische Erlangung** des Geschäftsgeheimnisses verboten ist. Gleichwohl ist an der Übertragbarkeit des Geschäftsgeheimnisses nicht zu rütteln. Insbesondere setzt die Übertragbarkeit nicht voraus, das Geschäftsgeheimnis als Immaterialgüterrecht anzuerkennen.<sup>482</sup> Dies ergibt sich nach deutschem Recht schon aus der Übertragbarkeit von Forderungen nach den §§ 398 ff BGB.

### (1) Anwendbares Recht

- 281 Weder der GeschGehRL noch dem GeschGehG ist ein Anhaltspunkt dazu zu entnehmen, nach welchem Recht sich die Übertragung der rechtmäßigen Kontrolle und damit der Inhaberschaft richtet. Zwar wird vertreten, die **Wirksamkeit der Übertragung** beurteile sich nach dem **jeweiligen nationalen Recht**.<sup>483</sup> An einer dogmatisch nachvollziehbaren Begründung hierfür fehlt es jedoch noch.
- 282 Verstünde man das Geschäftsgeheimnis als **Immaterialgüterrecht**, müsste es als **territorial gebundenes Recht** verstanden werden und damit in den Mitgliedsstaaten ähnlich den nationalen Teilen eines Europäischen Patents als ein Bündel von Geschäftsgeheimnisrechten behandelt werden. Die Übertragbarkeit des »nationalen Teils« des Geschäftsgeheimnisses würde sich nach dem jeweiligen nationalen **Recht des Schutzlandes** bestimmen.<sup>484</sup> Auch die Wirksamkeit der Übertragung würde sich nach dem jeweiligen nationalen Recht bestimmen.<sup>485</sup>
- 283 Das der Übertragung zugrundeliegende Verpflichtungsgeschäft kann in jedem Fall nach einer anderen Rechtsordnung zu beurteilen sein als das Erfüllungsgeschäft.<sup>486</sup> Dies richtet sich nach den Bestimmungen der Rom-I-Verordnung. Dabei ist insbesondere die Möglichkeit der Rechtswahl nach Art 3 Rom-I-VO zu beachten, die sich eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags oder aus den Umständen des Falles ergeben muss. Fehlt es an einer Rechtswahl, bestimmt sich das anwendbare Recht nach Art 4 Rom-I-VO, wobei gem Art 4 (2) Rom-I-VO das Recht desjenigen Staates anzuwenden ist, in dem die Partei, welche die für den Vertrag charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Die **charakteristische Leistung** liegt in den Fällen der Übertragung eines Immaterialgüterrechts in der Übertragung des Schutzrechts, so dass der gewöhnliche Aufenthaltsort des Übertragenden maßgeblich wäre.<sup>487</sup>
- 284 Versteht man das Geschäftsgeheimnis hingegen nicht als Immaterialgüterrecht, ist die Heranziehung des Rechts des Schutzlandes für die Beurteilung der Wirksamkeit des Übertragungsakts fragwürdig. Es läge dann näher, das auf die Übertragung anwendbare Recht

481 Köhler, in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 37. Aufl 2019, vor §§ 17 bis 19 Rn 20; Alexander, WRP 2017, 1034, 1036; Kiefer, WRP 2018, 910, 913.

482 AA Kiefer, WRP 2018, 910, 915.

483 Köhler, in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, 37. Aufl 2019, vor §§ 17 bis 19 Rn 20.

484 Drexler, in MüKo-BGB, Internationales Immaterialgüterrecht Rn 222.

485 BGH 21.01.2010, I ZR 206/07 = GRUR 2010, 828, 829 – DiSC; BGH 02.05.2002, I ZR 300/99 = GRUR 2002, 972, 973 – Frommia;

486 BGH 21.10.1964, Ib ZR 22/63 = GRUR Ausl 1965, 504 – Carla;

487 Ullmann/Deichfuß, in Benkard, PatG, § 15 Rn 53.

nach Art 3 bzw Art 4 Rom-I-VO zu bestimmen. Im Falle der Durchsetzung des Geschäftsgeheimnisses wäre die Frage der Kontrolle dann an § 2 Nr 2 GeschGehG zu messen, während die Rechtmäßigkeit des Erwerbs der Kontrolle nach dem so identifizierten nationalen Recht bestimmt werden müsste.

### (2) Übertragung der Kontrolle nach deutschem Recht

Die Übertragung erfolgt auf Grundlage der §§ 413, 398 ff BGB.<sup>488</sup> Sie kann entweder in der **vollständigen Übertragung** der Kontrolle bestehen oder in der **Einräumung einer Mitberechtigung in Form einer gleichgeordneten rechtmäßigen Kontrolle** über das Geschäftsgeheimnis. Eine Übertragung kann insbesondere gesehen werden in Vereinbarungen mit Mitarbeitern oder auch Externen, nach denen die Nutzungs- und Verwertungsrechte an Arbeitsergebnissen auf das Unternehmen übertragen werden.<sup>489</sup> 285

Die **rechtmäßige Erlangung eines Geschäftsgeheimnisses** iSv § 3 Abs 1 GeschGehG ist nicht gleichbedeutend mit einem Erwerb der rechtmäßigen Kontrolle und begründet als solche nicht die Inhaberschaft iSv § 2 Nr 2 GeschGehG.<sup>490</sup> So wird bspw der Inhaber einer Lizenz das Geschäftsgeheimnis aufgrund der Lizenz zwar rechtmäßig erlangen und auch nutzen dürfen; er wird gleichwohl nicht zum Inhaber des Geschäftsgeheimnisses iSv § 2 Nr 2 GeschGehG.<sup>491</sup> Aus dem Umstand der rechtmäßigen Erlangung lässt sich daher noch nichts im Hinblick auf die Inhaberschaft ableiten.<sup>492</sup> Es bedarf vielmehr über die Erlangung der faktischen Kontrolle hinaus der **rechtmäßigen Erlangung der rechtlichen Inhaberposition**. Deshalb wird auch der Mitarbeiter, dem das Geheimnis zum Einsatz im Unternehmen überlassen wird, nicht Inhaber des Geheimnisses, und zwar unabhängig davon, ob er eigene Geheimhaltungsmaßnahmen implementiert.<sup>493</sup> Dasselbe gilt für eine Information, die durch Reverse Engineering erlangt wird. § 3 Abs 1 Nr 2 GeschGehG gestattet zwar die Ermittlung der Information im Wege des Reverse Engineering. Weitergehende Rechte regelt das GeschGehG aber nicht, insbesondere weist es dem Rückbauenden keine Inhaberstellung im Hinblick auf ein Geheimnis an der durch Reverse Engineering gewonnenen Information zu. 286

► Ob ein Lizenznehmer und der Reverse Engineering Betreibende als Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses anzusehen sind, wird gerichtlicher Klärung bedürfen. Für die Lizenzierungspraxis ist deshalb unbedingt eine vertragliche Klarstellung anzuraten, nach welcher die Kontrollmöglichkeiten des Lizenznehmers in einer Weise beschränkt werden, dass dieser im Rechtssinne keine Kontrolle über das Geschäftsgeheimnis ausübt. Sollte sich die Gerichtspraxis der hier abgelehnten Ansicht anschließen, nach der auch der Lizenznehmer Geheimnisinhaber sein kann, droht anderenfalls ein Verlust des Geschäftsgeheimnisses. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, wie dem Inhaber des Geschäftsgeheimnisses die Offenlegung oder auch die Übertragung des Geheimnisses auf einen Dritten effektiv verboten werden können soll. 287

488 Kiefer, WRP 2018, 910, 915.

489 V. Diringshofen, GRUR-Prax 2013, 397, 398.

490 McGuire, WRP 2019, 679, 683; aA Alexander, WRP 2017, 1034, 1040; sh Rdn 346.

491 McGuire, WRP 2019, 679, 683; zweifelnd Aplin, S. 15; aA Alexander, WRP 2017, 1034, 1040.

492 McGuire, WRP 2019, 679, 683; aA Alexander, WRP 2017, 1034, 1040.

493 Zweifelnd Aplin, S. 15.



## (3) Lizenznehmer

- 287a Im Hinblick auf den Lizenznehmer ist zu differenzieren. Der Lizenznehmer übt zunächst einmal die Kontrolle über sein eigenes Geschäftsgeheimnis aus, das darin besteht, dass und in welcher Weiser er das ihm zur Nutzung überlassene fremde Geschäftsgeheimnis in seinem eigenen Unternehmen einsetzt.<sup>494</sup> Über die Inhaberschaft an dem ihm vom Lizenzgeber zur Verfügung gestellten Geschäftsgeheimnis ist damit aber noch nichts gesagt.
- 287b Weder dem Inhaber einer exklusiven Lizenz noch dem Inhaber einer einfachen Lizenz ist die rechtmäßige Kontrolle iSd § 2 Nr 2 GeschGehG und damit die Inhaberschaft zuzugestehen.<sup>495</sup> Der Gegenansicht ist zwar im Hinblick auf den exklusiven Lizenznehmer einzuräumen, dass diesem auch gegen den Lizenzgeber weitgehende Rechte zustehen.<sup>496</sup> Darüber hinaus mag es zutreffen, dass jedenfalls der exklusiven Lizenz dinglicher Charakter zukommt.<sup>497</sup> Dies ist aber für die Frage der Inhaberschaft nicht entscheidend. Wesentlich ist vielmehr, dass die vom Lizenznehmer wahrgenommene Kontrolle als Kontrolle seitens des Lizenzgebers zu verstehen ist. Würde der Lizenznehmer kraft des Lizenzvertrags zum Inhaber des Geschäftsgeheimnisses, bedürfte es einer Lizenzierung nicht mehr.

## b) Verlust der Kontrolle

- 288 Der Verlust der Kontrolle und damit der Verlust der Inhaberposition kann durch Rechtsgeschäft oder Realakt geschehen. In den meisten Fällen dürfte entweder die Übertragung der Inhaberschaft<sup>498</sup> eine Rolle spielen oder der **Eintritt der Offenkundigkeit des Geschäftsgeheimnisses**, womit gleichzeitig die Kontrolle beim (vormaligen) Rechtsinhaber wegfällt.

## 3. Rechtmäßigkeit der Kontrolle

- 289 Die Rechtmäßigkeit der Kontrolle soll voraussetzen, dass der Geheimnisinhaber über die Information berechtigt verfügen kann.<sup>499</sup> Maßgebliches Kriterium sei, ob der betroffenen Person das Geheimnis zugeordnet ist, sie also **zur Ausübung** befugt ist.<sup>500</sup>
- 290 Das Kriterium der Rechtmäßigkeit ist überwiegend inhaltsleer. Das Gesetz gibt keine Auskunft darüber, in Hinblick worauf die Rechtmäßigkeit zu prüfen sein soll. Klar dürfte sein, dass derjenige rechtmäßige Kontrolle ausübt, der **ohne Verstoß gegen Rechtsvorschriften die originäre Kontrolle** über ein Geschäftsgeheimnis ausübt, ebenso derjenige, der seine Kontrolle von einer solchen Person aufgrund eines rechtsgültigen Übertragungsakts ableitet. Klar ist außerdem, dass derjenige, der das Geheimnis unter Verletzung der Inhaberposition eines anderen erlangt, Rechtsverletzer ist und keine rechtmäßige Kontrolle ausübt.<sup>501</sup>

494 Harte-Bavendamm, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2 Rn 85.

495 Steinmann, S. 150; differenzierend Harte-Bavendamm, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2 Rn 85.

496 Differenzierend Harte-Bavendamm, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2 Rn 85.

497 Harte-Bavendamm, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2 Rn 82.

498 Köhler, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl 2019, vor §§ 17 bis 19 Rn 20.

499 McGuire, in Büscher, UWG § 2 GeschGehG Rn 72.

500 McGuire, in Büscher, UWG, § 2 GeschGehG Rn 71.

501 Köhler, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, 37. Aufl 2019, vor §§ 17 bis 19 Rn 18; Glinke, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 2 Nr 2 Rn 122.

Das Kriterium der Rechtmäßigkeit der Kontrolle kann allerdings herangezogen werden, um eine Zuordnung von Geschäftsgeheimnissen im Arbeitsverhältnis zu begründen.<sup>502</sup> Nicht abschließend geklärt ist weiter, ob eine rechtmäßige Kontrolle beim gutgläubigen Erhalt der zuvor von einem Rechtsverletzer erlangten Information vorliegt.<sup>503</sup> Hiergegen dürfte sprechen, dass § 4 Abs 3 GeschGehG die Befugnisse des gutgläubigen Informationsempfängers massiv beschneidet.<sup>504</sup> 290a

Unklar ist auch, ob **Rechtsverstöße beim originären Erwerb des Geschäftsgeheimnisses** der Inhaberschaft entgegenstehen, bspw wenn wissenschaftlich und kommerziell wertvolle Forschungsergebnisse unter Verstoß gegen das Embryonenschutzgesetz erlangt werden. Die besseren Gründe sprechen dafür, auch in solchen Fällen eine rechtmäßige Kontrolle über das Geheimnis anzunehmen, denn die zugrunde liegende geschützte Information an sich ist von den zu ihrer Schöpfung eingesetzten Mitteln unabhängig. 291

Ebenso unklar ist dies im Falle des derivativen Erwerbs, wenn zwar der Erwerb im Verhältnis zum vormaligen Inhaber legitim ist, aber davon unabhängig auf **anderweitigen Rechtsverstößen** basiert, bspw der Erwerb des Geheimnisses mit einem Schutzrechtsverstoß einhergeht. Auch hier sprechen die besseren Gründe dafür, eine rechtmäßige Kontrolle anzunehmen. Die Zuweisung des Geschäftsgeheimnisses zu einem Inhaber verleiht diesem Inhaber kein Ausschließlichkeitsrecht, sondern weist ihm nur im Verhältnis zu einem früheren Inhaber oder Dritten, also mit relativer Wirkung, einen Zugangsschutz zu, der Rechte Dritter unberührt lässt. Es besteht deshalb kein Anlass, auf der Ebene der Bestimmung des Inhabers derartige Kollisionsfragen zu klären. 292

Schließlich sind Fallgestaltungen ungeklärt, in denen das **Übertragungsgeschäft unerkannbar rechtsunwirksam** ist und deshalb die faktische Kontrolle über das Geschäftsgeheimnis und die rechtliche Zuordnung auseinanderfallen. Streng genommen ist in einer solchen Konstellation der Veräußerer des Geheimnisses nicht mehr Inhaber, weil er tatsächlich keine Kontrolle mehr über das Geheimnis ausübt, während der Erwerber zwar die Kontrolle ausübt, hierzu aber nicht berechtigt ist. Ähnliche Schwierigkeiten können anfechtbare Geschäfte hervorrufen. Dies kann erhebliche praktische Auswirkungen haben. Je nachdem, wie man diese Problematik auflöst, kann der Erwerber oder der Veräußerer eines Geschäftsgeheimnisses eine strafbare Geheimnisverletzung begehen, wenn er das Geheimnis nutzt oder offenlegt. Der Begriff der rechtmäßigen Kontrolle ist, vergleichbar dem Besitz im Sachenrecht, stark faktisch geprägt. Daher sollte sich, vergleichbar dem sachenrechtlichen Besitzschutz, in solchen Konstellationen die Position desjenigen durchsetzen, der die tatsächliche Kontrolle ausübt. IdR wird dies der, wenn auch ggf rechtsmangelhaft, Erwerbende sein. Dass der Erwerber zur Rückübertragung des Rechts oder, zum Zwecke der Rückübertragung, zur Aufgabe der Kontrolle zugunsten des vormaligen Inhabers verpflichtet sein kann, ist eine andere Frage, die an seiner gegenwärtigen Inhaberposition nichts ändert. 293

► Die Unwägbarkeiten bei der Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Kontrolle sollten in der Vertragspraxis unbedingt beachtet werden. Es empfiehlt sich, die Ausübung der Kontrolle auch für den Fall von Leistungsstörungen oder für den Fall der (sonstigen) Unwirksamkeit des Vertrags zu regeln. 294

502 Steinmann, S. 163; vgl Rdn 276 ff.

503 Glinke, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 2 Nr 2 Rn 122.

504 So wohl auch Harte-Bavendamm, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 2 Rn 72.

#### 4. Mehrheit von Inhabern

- 295 Problematisch ist weiter, wem ein Geschäftsgeheimnis zuzuordnen ist, wenn mehrere Personen an seiner Entstehung beteiligt sind.<sup>505</sup> Diese Unklarheit ist im Kontext der Datenwirtschaft besonders problematisch, denn hier sind vernetzte Wertschöpfungsketten besonders häufig und im Interesse der Innovation besonders förderungswürdig.<sup>506</sup> Insbesondere im Falle von automatisch generierten Rohdaten kann es Anlass für die Annahme einer Mitinhaberschaft geben. Dies kann bspw Daten betreffen, die beim Betrieb eines Fahrzeugs generiert werden. Dann kommt Mitinhaberschaft des Automobilherstellers, des Werkstattbetreibers und möglicherweise sogar des Fahrzeughalters in Betracht.<sup>507</sup> Eine Mehrheit von Inhabern kommt auch bei gemeinsamen Entwicklungen, bspw im Rahmen von Joint Ventures, in Betracht,<sup>508</sup> ebenso zwischen dem Joint Venture und Unternehmen, die dort hin Mitarbeiter entsenden.<sup>509</sup> Werden Datensets, Algorithmen oder neuronale Netze in einer vernetzten Umgebung gespeichert bzw ausgetauscht – wie es typischerweise im Rahmen von Big Data-Anwendungen geschieht – erschwert dies die Zuordnung zusätzlich. In vielen Fällen dürften dabei mehrere Beteiligte gemeinsame Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses werden.<sup>510</sup>
- 296 Im Detail ist die Zuordnung der Rechte in solchen Fällen eine Frage der Vertragsauslegung. Es empfiehlt sich, hierzu konkrete vertragliche Regelungen vorzusehen.<sup>511</sup>
- 297 Darüber hinaus ist auch eine unabhängige Berechtigung mehrerer Personen denkbar, insbesondere im Falle einer unabhängigen Entdeckung oder Schöpfung gem § 3 Abs 1 Nr 1 GeschGehG.
- 298 Da Geschäftsgeheimnisse keine Exklusivrechte begründen, ist jeder Berechtigte gegen Rechtsverletzungen geschützt. Dies soll allerdings nur hinsichtlich des jeweils eigenen Rechts gelten, weil die Richtlinie nur auf einen Individualschutz des jeweiligen Inhabers ausgerichtet sei.<sup>512</sup> Dies ist indes aus dem Gesetz nicht ohne Weiteres zu entnehmen. Ob bspw die unzulässige Erlangung eines Geschäftsgeheimnisses Abwehrrechte eines Geheimnisinhabers oder mehrerer Geheimnisinhaber auslöst, ist eine Frage der Anspruchsinhaberschaft und bemisst sich nach den Regelungen der §§ 6 ff GeschGehG.

#### III. Rechtsverletzer

- 299 Rechtsverletzer ist jede natürliche oder juristische Person, die eine nach § 4 GeschGehG unzulässige Handlung vornimmt, die also ein **Geschäftsgeheimnis rechtswidrig erlangt, nutzt oder offenlegt**. Das Gesetz definiert den Rechtsverletzer unter Zuhilfenahme der zentralen Regelung zur Rechtsverletzung. Die Definition hat damit kaum einen über § 4 GeschGehG hinausgehenden Erkenntniswert. Sie dient allerdings zur Definition des Anspruchsgenegers für die Ansprüche nach den §§ 6 ff GeschGehG.<sup>513</sup>

505 Sagstetter, S. 13.

506 Sagstetter, S. 13.

507 Ohly, GRUR 2019, 441, 445; Sagstetter, S. 14.

508 Klein/Wegener, ArbR aktuell 2017, 531.

509 Klein/Wegener, ArbR aktuell 2017, 531.

510 Sagstetter, S. 13.

511 Sagstetter, S. 14.

512 Alexander, WRP 2017, 1034, 1040.

513 McGuire, in Büscher, UWG, § 2 RegE GeschGehG Rn 61.

hierzu ist jedoch nicht bekannt.<sup>230</sup> Ob sich ein Antragsteller freiwillig wirksam verpflichten kann, diese Kosten zu tragen, um die Auswertung von sichergestellten Beweismitteln zu beschleunigen, ist unklar. Die StPO sieht eine solche Kostenübernahme nicht vor. Einer freiwilligen Verpflichtung des Antragstellers zur Rücknahme seines Strafantrags bei unbefriedigendem Ermittlungsergebnis bereits bei Strafantragstellung mit der Folge der Kostentragungspflicht nach § 470 StPO dürfte dessen Bedingungsfeindlichkeit entgegenstehen.<sup>231</sup>

Denkbar ist die **Vergabe eines Gutachtensauftrages durch einen Verfahrensbeteiligten**, 158 sofern sich Anzeigerstatter und Beschuldigter auf einen Gutachter einigen können. Dessen Kosten können in Absprache der Parteien von einer Seite oder gemeinsam getragen werden. Sie gehören nur dann zu den Verfahrenskosten, wenn für den Beschuldigten das Gutachten zur Verteidigung angemessen war.<sup>232</sup>

Möglich wäre auch der Verzicht des Externen auf Kostenerstattung. Wird ein solcher Verzicht zum Beispiel vom Anzeigerstatter erklärt, weil dieser sich verpflichtet hat, die Kosten zu tragen, birgt dies die Gefahr der Ablehnung des Sachverständigen wegen Befangenheit nach § 74 Abs 1 StPO, da eine Nähe zum Privatgutachten nicht auszuschließen ist.<sup>233</sup> Die Benennung und Bezahlung des Externen sollte daher mit der StA und dem Beschuldigten abgesprochen werden. 159

Ebenso denkbar ist die Vergabe eines Gutachtenauftrags im Rahmen des »**Düsseldorfer Verfahrens**«<sup>234</sup> aufgrund eines (**zivil**)gerichtlichen **Beweissicherungsverfahrens** nach den §§ 485 ff ZPO. Erste Erfahrungen zeigen, dass dieses auch im Ermittlungsverfahren genutzt werden kann, um Auseinandersetzungen über die Berechtigung zur Einsicht in Geschäftsgeheimnisse zu verkürzen. Auch das Ergebnis der Beweisermittlung durch den Sachverständigen dürfte verwertbar sein, auch wenn hierzu noch keine strafgerichtliche Entscheidung vorliegt. Um den Beweisbeschluss des Gerichtes durchzusetzen kann dem zivilgerichtlich bestellten Sachverständigen Zugang zu den in der Verwahrung der StA befindlichen Beweismitteln gewährt werden. 160

#### IV. Akteneinsicht im Strafverfahren

Geschäftsgeheimnisse sind ein wesentliches Gut eines Unternehmens<sup>235</sup> und dienen der 161 Berufsausübungsfreiheit des Unternehmers.<sup>236</sup> Werden Geschäftsgeheimnisse verletzt, hat der Inhaber ein berechtigtes **Interesse an einer strafrechtlichen Ahndung** der Tat und an einer Einsicht in die Ermittlungsakten für eine **zivilrechtliche Rechtsverfolgung**, ohne dass dabei sein Geschäftsgeheimnis selbst in Gefahr gerät. Dem gegenüber steht das Interesse eines Beschuldigten auf ein **verfassungsrechtlich abgesichertes, faires Verfahren**.

230 Zur Frage des Rechtsmittels bei einer entsprechenden Kostenentscheidung LG Kaiserslautern 12.04.2021, 5 Qs 23/21 = BeckRS 2021, 7539 zur Rücknahme eines Strafantrags wegen Körperverletzung.

231 Bosch, in Schönke/Schröder, StGB, § 77 Rn 41.

232 LG Oldenburg 17.01.2019, 5 Qs 444/18 = BeckRS 2019, 1.

233 Vgl BGH 09.11.2001, 3 StR 216/01 = BeckRS 2001, 9851.

234 BGH 16.11.2009, X ZB 37/08 = GRUR 2010, 318 – Lichtbogenschürung; für die weitere Anwendung auch im GeschGehG: Gregor, in BeckOK GeschGehG, § 19 Rn 37 f.

235 Gaugenrieder, BB 2014, 1987.

236 Vgl BVerfG 06.03.2014, 1 BvR 3541/13, 1 BvR 3543/13 und 1 BvR 3600/13, Rn 21 (juris) = BeckRS 2014, 49398.

Dieses beinhaltet weitgehende Akteneinsicht auch in Geschäftsgeheimnisse des Anzeigerstatters, wenn diese Teil der Ermittlungsakten geworden sind. Es ist Aufgabe der StA als Herrin des Ermittlungsverfahrens und nach Anklageerhebung des Strafgerichts, einen **Ausgleich zwischen diesen Interessen** herzustellen und sicherzustellen, dass die jeweiligen Geschäftsgeheimnisse gewahrt bleiben.<sup>237</sup> Die Akteneinsicht in Ermittlungsverfahren, in denen Geschäftsgeheimnisse betroffen sind, wirft dabei besondere Probleme auf. Dabei hat der Gesetzgeber, welcher die gegenseitigen Interessen im Zivilverfahren im GeschGehG ausbalanciert hat,<sup>238</sup> das Strafverfahren nicht behandelt.

- 162 ► Die Strafverfolgungsbehörden sind für die damit zusammenhängenden zeitraubenden Aufgaben personell und sachlich nicht immer ausreichend ausgestattet. In der Praxis können deshalb viele im Bereich der Strafverfolgung nötige Entscheidungen im Alltagsbetrieb nur verzögert getroffen werden, weil das dazu notwendige Personal fehlt. Die zuständigen Polizeibeamten haben oft ein breites Kriminalitätsfeld zu bearbeiten und sind für Verfahren zum Schutz geistigen Eigentums nicht ausreichend geschult. Die für die Datenerfassung und -erhebung bereitgestellten Kapazitäten sind begrenzt.

Aus diesen Gründen sollte sich jeder Anzeigerstatter im Klaren darüber sein, dass sowohl im Zusammenhang mit der Strafanzeige und den Ermittlungen als auch im Zusammenhang mit Akteneinsichtsgesuchen ein vertrauensvolles Miteinander mit den Ermittlungsbehörden essentiell ist. Gelingt es dem Anzeigerstatter, den Ermittlungsbehörden die Arbeit so unkompliziert wie möglich zu gestalten, sind seine Chancen am besten, zügig zu fundierten Ergebnissen zu gelangen.

## 1. Ausgangslage

### a) Vorlage von Geschäftsgeheimnissen durch den Anzeigerstatter

- 163 Der Anzeigerstatter muss zunächst der StA und, bei entsprechenden Ermittlungsmaßnahmen, dem Ermittlungsrichter die Prüfung ermöglichen, ob ein Geschäftsgeheimnis vorliegt. Dazu muss er idR umfangreich vortragen und Urkunden und Datenträger, auf denen sich das Geheimnis befindet, vorlegen (sh Rdn 164 ff). Die StA kann sich nicht mit einer Beschreibung von Besonderheiten des Geheimnisses begnügen, wie dies die Zivilgerichte teilweise zulassen.<sup>239</sup> Der Staatsanwalt muss bei der Einleitung des Ermittlungsverfahrens selbstständig, eigenverantwortlich und im Detail prüfen können, ob ein Geschäftsgeheimnis vorliegt. Beim Antrag auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses muss der StA sicherstellen, dass die vorzulegenden Akten auch dem Ermittlungsrichter diese Prüfung ermöglichen. Der mit einer Durchsuchung verbundene Eingriff in die Rechte des Beschuldigten kann nicht auf den selektiven Vortrag einer am Ausgang der Ermittlungen wirtschaftlich interessierten Partei gestützt werden, sie sei im Besitz eines Geschäftsgeheimnisses.
- 164 Soll eine Durchsuchung angeordnet werden, muss sich aus den Akten präzise ergeben, welche Beweismittel beim Beschuldigten erhoben werden sollen. Dazu ist es im Regelfall nötig, eine **repräsentative Auswahl der Dokumente und Datenträger**, welche das Geschäftsgeheimnis enthalten, zu den Akten zu nehmen. Diese sind für die Ermittlungsbeamten **vor Ort als Muster** unerlässlich.

<sup>237</sup> Vgl auch Gaugenrieder, BB 2014, 1987, 1991.

<sup>238</sup> Dazu auch mit einem Überblick über den Verfahrenslauf im Zivilprozess: Ohly/Stierle, GRUR 2021, 1229, 1239 ff.

<sup>239</sup> Druschel/Jauch, BB 2018, 1218, 1219.

► Zur Sicherung des betroffenen Geschäftsgeheimnisses kann es sich anbieten, die Übergabe solcher Muster nicht bereits **vollständig** mit der Strafanzeige zu verbinden. Vielmehr ist die Frage der Identifizierung von Beweismaterial von der Frage zu trennen, ob ein Anfangsverdacht sowie eine begründete Aussicht auf das Auffinden von Beweismaterial bestehen. Mit der Strafanzeige ist eine Vorlage von Mustern deshalb noch nicht zwingend nötig, wenn Anfangsverdacht und Erfolgswahrscheinlichkeit einer Durchsuchung auch auf andere Weise begründet werden können. Allerdings sollte der Anzeigerstatter in der Strafanzeige klarmachen, dass er zur **Übergabe von Mustern in der Lage und bereit ist**, wenn die StA eine Durchsuchung in Betracht ziehen sollte und die Muster für den Erfolg einer Durchsuchungsmaßnahme für notwendig hält. 165

Die vorzulegenden Unterlagen und Datenträger können zB umfassen: Kopien von Kundenlisten, Konstruktionszeichnungen, Musterbüchern, Rezepturen, Schaltplänen usw, die mit Unterlagen und Datenträgern des Beschuldigten abgeglichen werden können. Die Vorlage für Zwecke der Identifizierung von Beweismitteln sollte dabei nur soweit gehen, wie dies für die Zwecke der Identifizierung nötig ist. Daher ist eine **(teilweise) Unkenntlichmachung besonders kritischer Informationen** oftmals möglich und anzuraten.

Die zu den Ermittlungsakten genommenen Unterlagen und Datenträger müssen beim Antrag auf Erlass eines Durchsuchungsbeschlusses auch dem Gericht vorgelegt werden, um dem Ermittlungsrichter eine eigenverantwortliche Prüfung der Erfolgsaussichten einer Durchsuchung zu ermöglichen.<sup>240</sup> 166

Der Anzeigerstatter muss daher im Ergebnis sein **Geschäftsgeheimnis den Ermittlungsbehörden weitgehend offenlegen**. Hält er wesentliche Informationen zurück, nimmt er eine Nichteinleitung des Ermittlungsverfahrens in Kauf, weil die StA nicht ausreichend sicher feststellen kann, dass ein Geschäftsgeheimnis vorliegt. Legt er unzureichende Muster vor, wird eine Durchsuchung erfolglos bleiben, da die tatrelevanten Dokumente und Datenträger nicht gefunden werden. Er muss diese Vorleistung erbringen, ohne den Ausgang des Ermittlungsverfahrens abschätzen zu können.<sup>241</sup> Dieses Risiko für sein Geschäftsgeheimnis wird er nur eingehen, wenn er davon ausgehen kann, sein Geschäftsgeheimnis werde im Strafverfahren weitgehend geschützt. 167

#### *b) Geschäftsgeheimnisse des Beschuldigten*

Beim Beschuldigten werden die Geschäftsgeheimnisse im Regelfall im Rahmen einer Durchsuchung erhoben. Er gibt diese daher üblicherweise nicht freiwillig zu den Akten. Der **Umfang der bei einer Durchsuchung sichergestellten Gegenstände ist oft erheblich** und kann die Mehrheit der im Betrieb des Beschuldigten vorhandenen Dokumente und Datenträger umfassen. Betroffen sind dabei **oft auch Geschäftsgeheimnisse des Beschuldigten**, welche keine Verbindung zum Tatvorwurf aufweisen. Der Beschuldigte ist insoweit schutzbedürftig und kann erwarten, dass die Ermittlungsbehörden seine Geschäftsgeheimnisse schützen.<sup>242</sup> 168

240 Vgl BVerfG 17.03.2009, 2 BvR 1940/05, Rn 22 (juris) = NJW 2009, 2516 Rn 22; ob in Eilfällen auf mündlichen Antrag entschieden werden kann, hängt vom Einzelfall ab.

241 Zur parallelen Situation im Zivilverfahren: Druschel/Jauch, BB 2018, 1218.

242 Auch hier zur Situation im Zivilverfahren: Druschel/Jauch, BB 2018, 1218, wobei dort die Situation insofern von der des Ermittlungsverfahrens zu unterscheiden ist, als es dem Beklagten offensteht, sich mit Hilfe der Darlegung eigener Geschäftsgeheimnisse zu wehren, während im Ermittlungsverfahren diese von Amts wegen iRd Durchsuchung erhoben werden.

c) *Interessenlage*aa) *Interesse des Anzeigerstatters*

- 169 Der Anzeigerstatter will möglichst rasch **umfassende Einsicht in alle Beweisgegenstände**, die er beim Beschuldigten erwartet. Regelmäßig wird bereits mit Anzeigenerstattung und Strafantrag eine Durchsuchung angeregt und Akteneinsicht, dh Einsicht in die beschlagnahmten Beweise, beantragt. Der Anzeigerstatter begründet den Antrag mit bereits laufenden oder beabsichtigten Zivilverfahren, in denen die Beweisgegenstände benötigt werden. Meistens werden bereits eingetretene oder drohende hohe Schäden und die weiter andauernde Verwendung der Geschäftsgeheimnisse durch den Beschuldigten geschildert und oft auch schlüssig dargelegt. Dabei ist dem Anzeigerstatter idR am Schutz seiner eigenen Geschäftsgeheimnisse gelegen.
- 170 ► Der Anzeigerstatter sollte seine Interessenlage beim Ersuchen um Akteneinsicht schlüssig darlegen und die vorgetragenen Tatsachen mit Unterlagen belegen. Dazu gehört auch ein Überblick über laufende Zivilverfahren, deren aktuellen Stand und eine Vorlage wesentlicher Dokumente aus den Verfahren. Dies erspart eine zeitaufwändige Aktenanforderung beim Zivilgericht. Auf Fristen zB wegen drohender Verjährung und/oder Beweisantritt in einem Zivilverfahren sollte er unbedingt hinweisen.

bb) *Interesse des Beschuldigten*

- 171 Der Beschuldigte benötigt die Akteneinsicht, regelmäßig über seinen Verteidiger, um sich gegen die strafrechtlichen Vorwürfe verteidigen zu können. Hinzu kommen können zivilrechtliche Gegenansprüche oder eine Verteidigung in einem Zivilverfahren, für welche die Ermittlungsakten und insbesondere der Vortrag des Anzeigenerstatters benötigt werden. Nicht immer ist erkennbar, ob der Beschuldigte die Akten auch benötigt, um sich gegen zivilrechtliche Ansprüche des Anzeigerstatters zu wehren oder selbst gegen diesen zivilrechtlich vorzugehen.
- 172 ► Auch der Beschuldigte sollte in seinem Akteneinsichtsgesuch klar mitteilen, für welche Zwecke er Akteneinsicht begehrt. Geht dies über die reine Verteidigungsabsicht im strafrechtlichen Verfahren hinaus, sollte er dazu schlüssig vortragen und entsprechende Unterlagen vorlegen. Dies ist notwendig, damit auch für diese Zwecke die Akteneinsicht gewährt werden kann.
- 173 Wie auch der Anzeigerstatter hat der Beschuldigte ein vitales Interesse am Schutz der ihm zustehenden Geschäftsgeheimnisse.

cc) *Interesse der StA*

- 174 Es liegt auch im Interesse der StA, dass der Beschuldigte sich **qualifiziert verteidigen** kann und Missverständnisse und Fehlinterpretationen zügig ausgeräumt werden. Eine frühzeitige Einlassung zu den Tatvorwürfen, welche ggf umfangreiche weitere Auswertungen unnötig macht, kann nur nach umfassender Akteneinsicht erwartet werden.<sup>243</sup> Auch eine frühe Einsicht des Anzeigerstatters in erhobene Beweisgegenstände kann die **Aufklärung des Sachverhaltes** wesentlich erleichtern. Der die Ermittlungen führende Staatsanwalt hat daher kein Interesse, Akteneinsicht zu versagen, sofern eine Gefährdung der weiteren

<sup>243</sup> Dazu für das Kartellverfahren mit gleichgelagerten Interessen: Wessing/Hieramente, NZKart 2015, 168, 171.

Ermittlungen nicht mehr vorliegt. Die umfassende Prüfung durch die StA, ob und wem wann diese Einsicht gewährt werden kann, dient der Wahrung von Geschäftsgeheimnissen, nicht der Förderung des Ermittlungsverfahrens.

*d) Kein Schutz der Akten über § 353d Nr 2 StGB.*

§ 353d Nr 2 StGB bietet keinen wirksamen strafrechtlichen Schutz vor unzulässigen Eingriffen in das Geschäftsgeheimnis der jeweils anderen Partei. Bei dieser Vorschrift handelt es sich um ein »Presseinhaltsdelikt«,<sup>244</sup> welches die Offenbarung einer Tatsache unter Strafe stellt, die **in nicht-öffentlicher Gerichtsverhandlung zur Kenntnis gelangt ist und durch Gerichtsbeschluss bezeichnet** wurde.<sup>245</sup> Weder die Offenbarung von Kenntnissen aus einer Akteneinsicht im laufenden Ermittlungsverfahren ist daher vom Tatbestand erfasst, noch die Verwertung von Geschäftsgeheimnissen.<sup>246</sup> 175

*e) Keine ausreichenden Regelungen zur Akteneinsicht*

Weder das GeschGehG noch die Regelungen der StPO oder andere Regelungen enthalten eine abschließende Regelung des Rechts auf Akteneinsicht. 176

*aa) Regelungen des GeschGehG*

Das GeschGehG enthält **keine Vorgaben zur Akteneinsicht im Strafverfahren**. Die Regelungen der §§ 16 ff GeschGehG beziehen sich auf das Zivilverfahren.<sup>247</sup> Sie sind im Strafverfahren nicht anwendbar und auf dieses auch allenfalls eingeschränkt übertragbar.<sup>248</sup> Auch über eine Anwendung der GeschGehRL, dort insbesondere Art 9 (1) und (2), lassen sich die Vorgaben zur Geheimhaltung im Gerichtsverfahren jedenfalls **nicht auf das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren übertragen**. Die Richtlinie spricht von Parteien und ihren Vertretern und stellt maßgeblich auf eine Geheimhaltungsentscheidung des Gerichts ab. Das strafrechtliche Ermittlungsverfahren wird nicht angesprochen und unterliegt auch anderen Abwägungskriterien. 177

Auch für die Hauptverhandlung im Strafverfahren ergeben sich aus der GeschGehRL keine unmittelbar anwendbaren Vorgaben. Dennoch muss versucht werden, die verfassungsrechtlichen Vorgaben zur Akteneinsicht, die dem Angeklagten zuzugestehenden Verteidigungsmöglichkeiten und die Vorgabe der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung mit dem Gedanken des Geheimnisschutzes aus Art 9 GeschGehRL soweit wie möglich in Einklang zu bringen. Zu bedauern ist, dass der deutsche Gesetzgeber die zutreffenden Überlegungen des europäischen Gesetzgebers, wie sie auch in den Erwägungsgründen 24 und 25 der Richtlinie niedergelegt sind, nicht genutzt hat, um für das deutsche Strafverfahren passende Vorgaben zu schaffen. 178

244 Fischer, StGB, § 353d Rn 2.

245 Fischer, StGB, § 353d Rn 8.

246 Vgl auch Semrau-Brandt, GRUR-Prax 2019, 127 und Druschel/Jauch, BB 2018, 1218, 1221 zu weiteren Voraussetzungen einer Strafbarkeit wegen § 353d StGB; beide gehen auf den praktisch bedeutenden Geheimnisschutz im Ermittlungsverfahren nicht ein.

247 Dies ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des § 16 Abs 1 GeschGehG: »Bei Klagen, durch die Ansprüche ... geltend gemacht werden...«.

248 Vgl zur möglichen Ausdehnung auf Grundlage des Art 9 GeschGehRL Rdn 31 ff.



- 179 **Fragen der Akteneinsicht müssen** daher auch nach Inkrafttreten des GeschGehG **über die allgemeinen Regelungen der StPO gelöst werden.** Dabei sollte der Gedanke des Geheimnisschutzes aus Art 9 GeschGehRL beachtet werden. Über die allgemeinen Fragen der Akteneinsicht im Strafverfahren hinaus, die hier nicht weiter dargestellt werden können, erfordert der Schutz der Geschäftsgeheimnisse aber besondere Lösungen. Droht eine Offenbarung von Geschäftsgeheimnissen eines Beteiligten, muss auf die vom BVerfG entwickelten Grundsätze zum Schutz von Betriebsgeheimnissen zurückgegriffen werden.

*bb) Vorschriften der StPO*

- 180 Die StPO sieht das **Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten in § 147 StPO** vor. Der **Verletzte** leitet sein Akteneinsichtsrecht aus **§ 406e StPO** ab. Darüber hinaus enthält **§ 385 StPO das Recht des Privatklägers** auf Akteneinsicht. Schließlich sind in den **§§ 474 ff StPO** allgemeine Vorschriften zur Akteneinsicht für verschiedene Zwecke enthalten. Keine dieser Vorschriften ist auf den Schutz der Geschäftsgeheimnisse der Beteiligten ausgelegt. Diese fehlende gesetzliche Ausgestaltung des Geheimnisschutzes im Strafverfahren führt dazu, dass StA und Gerichte in jedem Einzelfall auf die allgemeinen Regelungen der StPO und die Rspr des BVerfG zurückgreifen müssen. Dies führt zu Rechtsunsicherheit und zu manchmal schwer vorhersagbaren Ergebnissen.

*cc) Nr 260b RiStBV als ungeeignete Vorgabe*

- 181 Vorgaben für die StA zur Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren wegen Verletzung des Geschäftsgeheimnisses ergeben sich aus Nr 260b RiStBV. Bei der RiStBV handelt es sich um **verwaltungrechtliche Vorgaben an die StA**, welche unterhalb der Gesetzesebene für eine bundesweite Vereinheitlichung der Vorgehensweise der Staatsanwaltschaften sorgen soll. Leider haben es die Ministerien bis heute versäumt, die Richtlinie an das seit 26.04.2019 geltende GeschGehG mit seinem Schutzzweck anzupassen.<sup>249</sup>
- 182 Die Regelungen der RiStBV zum Umgang mit Geschäftsgeheimnissen gehen an den Problemen der Akteneinsicht in diesen speziellen Verfahren weitgehend vorbei. So lässt die Vorgabe, Geschäftsgeheimnisse in den Akten nur insoweit schriftlich festzuhalten, »als dies für das Verfahren unerlässlich ist«, offen, wie diese Vorgabe im Verhältnis zum Gebot der Aktenvollständigkeit und -wahrheit<sup>250</sup> steht. In der Regel kann ein Ermittlungsverfahren nicht betrieben werden, ohne dass zumindest Teile des Geschäftsgeheimnisses des Anzeigenerstatters zu den Akten genommen werden. Allein um einen Durchsuchungsantrag stellen zu können, müssen die Akten, die dem Gericht vorzulegen sind, vollständig sein. Daher wird es **kaum je möglich** sein, die maßgeblichen **Geschäftsgeheimnisse aus den Akten herauszuhalten.**<sup>251</sup>
- 183 Auch der von Nr 260b Abs 2 RiStBV geforderte **Hinweis auf in der Akte enthaltene Geschäftsgeheimnisse** ist wenig hilfreich. Es ist anzunehmen, dass Verteidiger und Verletzter in Verfahren wegen Verstoßes nach § 23 GeschGehG recht genau wissen, welche Art von Informationen die Akten enthalten. Sie dürften enthaltene Geschäftsgeheimnisse sehr

<sup>249</sup> So kennt RiStBV Nr 260 Abs 1 bis heute § 23 GeschGehG nicht und ordnet die Verletzung von Geschäftsgeheimnissen weiter dem unlauteren Wettbewerb zu.

<sup>250</sup> Vgl dazu zB Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn 14.

<sup>251</sup> So auch Temming, in BeckOK StPO, Nr 260b RiStBV Rn 1.

wohl identifizieren können und gerade zu diesem Zwecke Einsicht in die Akten beantragen. Der Hinweis ist daher nur in Verfahren nützlich, welche nicht wegen Verstoßes nach § 23 GeschGehG geführt werden, in denen aber Geschäftsgeheimnisse einer Partei zu den Akten gelangen.

Der Hinweis nach Nr 260b Abs 2 RiStBV ist **nicht mit einer rechtlichen Konsequenz verbunden**.<sup>252</sup> Für den Fall der Außerachtlassung des Hinweises lässt sich über die RiStBV keine Rechtsfolge anordnen. Der Verteidiger **darf Aktenkopien weitergeben** und macht sich durch eine Weitergabe von Kopien an seinen Mandanten auch nicht selbst wegen Verstoßes gegen § 23 GeschGehG strafbar.<sup>253</sup> Auch die von der RiStBV geforderte Prüfung, ob dem Verteidiger die Akten ausgefolgt werden können oder er nur Akteneinsicht auf der Geschäftsstelle nehmen kann, trägt nicht wirksam zum Geheimnisschutz bei. Einerseits kann das Geheimnis auch durch einfaches Lesen eines Dokumentes ausgespäht werden, andererseits erfordert eine sachgerechte Verteidigung mehr als das Durchlesen von teilweise hochkomplexen Unterlagen über Geschäftsgeheimnisse auf einer Geschäftsstelle einer StA.<sup>254</sup> Die Weigerung, die Ermittlungsakten dem Verteidiger mitzugeben, kommt daher zumeist einer unzulässigen Ablehnung der Akteneinsicht nahe. Der mangelnde strafprozessuale Schutz der gegenseitigen Geschäftsgeheimnisse wird noch durch das unmittelbare Akteneinsichtsrecht des unverteidigten Beschuldigten nach § 147 Abs 4 StPO bzw des nicht anwaltdlich vertretenen Verletzten nach § 406e Abs 3 StPO verschärft. Diese Vorschriften ermöglichen den unmittelbaren Zugriff der persönlich Betroffenen und an den jeweiligen anderen Geschäftsgeheimnissen Interessierten auf die erhobenen Beweismittel. Entscheidungen, wie dieses Recht wegen der Gefahr der Verletzung von Geschäftsgeheimnissen eingeschränkt werden muss, liegen noch nicht vor.

## 2. Gegenstand der Akteneinsicht

Gegenstand der Akteneinsicht ist die **gesamte Akte** zum jeweiligen Zeitpunkt des Begehrens. Sind die Ermittlungen abgeschlossen, umfasst dies die Niederschrift aller seit Beginn der Ermittlungen durchgeführten Ermittlungshandlungen wie bspw Vernehmungsprotokolle von Zeugen und Einlassungen des Beschuldigten, Vermerke über polizeiliche Ermittlungen und Auswertungen, Lichtbilder und Sachverständigengutachten **einschließlich aller zu Beweis Zwecken erhobenen Unterlagen und elektronischen Daten**<sup>255</sup>, auch wenn diese in gesonderten Aktenteilen geführt werden. Im Regelfall ist die Basis der Akte noch eine Papierakte; die Regelungen der §§ 32 ff StPO zur elektronischen Akte sind wegen weitgehend fehlender Umsetzung bisher nur von eingeschränkter Bedeutung.<sup>256</sup> Sind die **Ermittlungen noch nicht abgeschlossen**, umfasst die Akte alle Niederschriften und Beweismittel, die bisher zur Akte genommen wurden.

252 Vgl Temming, in BeckOK StPO, Nr 260b RiStBV Rn 2.

253 Vgl BGH 03.10.1979, 3 StR 264/79 (S), Rn 17 (juris) = NJW 1980, 64 – zulässiges Verteidigerhandeln\*; Schmitt, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 147 Rn 20 zur Frage, ob er zur Weitergabe nicht sogar verpflichtet ist; eine Strafbarkeit wegen Verstoßes gegen § 353d Nr 2 StGB ist gleichfalls nicht gegeben.

254 Vgl Temming, in BeckOK StPO, Nr 260b RiStBV Rn 3.

255 Thomas/Kämpfer, in MüKo-StPO, § 147 Rn 11.

256 Auf die mit einem direkten Zugriff auf die Akten durch den Beschuldigten oder Verletzten gem §§ 147 Abs 4, 406e, 32f StPO verbundene besondere Problematik für das Geheimhaltungsinteresse der Beteiligten soll daher derzeit nicht eingegangen werden.

- 186 Nicht alle Gegenstände, welche durch die StA sichergestellt oder beschlagnahmt werden, werden auch zum **Aktenbestandteil**. Dies ist für den Umfang der Akteneinsicht von ganz erheblicher praktischer Bedeutung, da nur in Akten Einsicht gewährt werden kann. Herr über den Inhalt der Akten ist bis zum Abschluss der Ermittlungen und Anklageerhebung die StA. Sie entscheidet darüber, welche Beweisstücke – Unterlagen und Datenträger – für die Entscheidung der Schuld- und Rechtsfolgenfrage notwendig sind und **nimmt nur diese zu den Akten**.<sup>257</sup> Daher muss die Akte nicht sämtliche Gegenstände umfassen, die im Laufe eines Ermittlungsverfahrens als mögliche Beweismittel erhoben wurden. Stellt sich im Laufe der Ermittlungen heraus, dass Unterlagen und Datenträger, deren Vorlage angefordert worden war oder die im Rahmen einer Durchsuchung erhoben wurden, nicht zu Beweis Zwecken gebraucht werden, sind sie an den ursprünglichen Gewahrsamsinhaber zurückzugeben; Datenkopien sind zu löschen.
- 187 Bei einer Durchsuchung werden Gegenstände sichergestellt oder beschlagnahmt, die **wegen ihrer Beweisgeeignetheit von Bedeutung** sein können. Bei Verdacht auf Verletzung von Geschäftsgeheimnissen werden idR alle Dokumente oder Datenträger des Beschuldigten, auf denen Geschäftsgeheimnisse gespeichert sein könnten, gesichert. Die Auswertung des Materials kann eine erhebliche Zeit in Anspruch nehmen. Um die Eingriffe für den Beschuldigten möglichst gering zu halten, werden **Daten üblicherweise gespiegelt und vor Ort belassen**,<sup>258</sup> bei wichtigen Papierunterlagen können vom Beschuldigten vor Ort Kopien gefertigt werden. Erst im Zuge der Auswertung trifft die StA die Entscheidung, welche Gegenstände sie für das Verfahren als Beweismittel benötigt und daher zu den Akten nimmt. Nicht zu den Akten genommene Gegenstände sind kein Bestandteil der Akteneinsicht.
- 188 Diese Entscheidung der StA wird durch eine richterliche Entscheidung über die Beschlagnahme der bei einer Durchsuchung sichergestellten Gegenstände nach § 98 Abs 2 StPO<sup>259</sup> nicht ersetzt. Die Beschlagnahme bezieht sich nach § 94 Abs 1 Satz 1 StPO auf Gegenstände, die als Beweismittel für die Untersuchung von Bedeutung sein können. Daher genügt die Möglichkeit, dass diese zu Untersuchungszwecken verwendet werden können. Ob diese Annahme zutreffen wird, ist zunächst unerheblich.<sup>260</sup> Bei der Entscheidung über die Beschlagnahme können vom Richter daher nur jene Gegenstände als nicht beschlagnahmefähig eingeordnet werden, denen von vornherein jeder Beweiswert fehlt, wie zum Beispiel Familienfotos. Gegenstände, die potentiell Geschäftsgeheimnisse des Anzeigerstatters enthalten können, sind daher zu beschlagnahmen.
- 189 Von den Ermittlungsakten zu unterscheiden sind sogenannte **Spurenakten**, in denen zunächst tatbezogene Untersuchungen gegen Dritte und deren Ergebnisse festgehalten werden. Sie gehören ebenfalls nicht notwendig zu den (Haupt-) Akten, weil sie außerhalb der Ermittlungen gegen den Beschuldigten entstanden sind. Sie werden nur dann Bestandteil

257 Dies ist verfassungsrechtlich unbedenklich, vgl BVerfG 12.01.1983, 2 BvR 864/81 = NStZ 1983, 273, 274 – Beziehung von Spurenakten II\*; ungenau: BGH 11.02.2014, 1 StR 355/13, Rn 23 (juris) = NStZ-RR 2014, 347, Rn 23 – Rüge unzulänglicher Akteneinsicht\*, wonach das gesamte von der Polizei seit dem ersten Zugriff gesammelte Beweismaterial zu den Akten gelangen soll.

258 Hauschild, in MüKo-StPO, § 94 Rn 30; dies führt dazu, dass Geschäftsgeheimnisse des Anzeigerstatters beim Beschuldigten belassen werden, da eine Mitnahme oder Löschung zu Beweis Zwecken nicht erforderlich ist.

259 Schmitt/Köhler, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 98 Rn 19.

260 Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, § 94 Rn 6.

der Akten, wenn ihr Inhalt für die Feststellung der dem Beschuldigten vorgeworfenen Tat und für etwaige gegen ihn zu verhängende Rechtsfolgen von Bedeutung sein kann. Dies ist natürlich auch dann der Fall, wenn diese Spuren den Beschuldigten entlasten. Sie sind dann zur Hauptakte zu nehmen.

Soweit § 147 Abs 1 Satz 2 StPO das **Akteneinsichtsrecht bei Beweisstücken** auf ein Besichtigungsrecht beschränkt, greift diese Vorschrift nur, soweit Kopien – in Papierform oder als Datendoppel – der Beweisstücke nicht hergestellt werden können. Sinn der Vorschrift ist, die Beweisstücke vor Verlust zu sichern. Können Kopien oder Doppel hergestellt werden, sind sie der Akte beizufügen und zu übersenden.<sup>261</sup> 190

### 3. Allgemeine Grundsätze der Akteneinsicht

Ersuchen von Zivilgerichten müssen gem § 474 Abs 1 StPO befolgt werden. Grundlage hierfür ist die Entscheidung des BVerfG vom 06.03.2014. In dieser hat das Gericht zunächst festgehalten, dass der Gesetzgeber keine Kriterien für die Bewältigung des vorhandenen **Konflikts zwischen den betroffenen Rechtsgütern** vorgegeben hat. Daher müsse das Gericht in seiner Entscheidung, ob es die Ermittlungsakten beizieht, die die Abwägung leitenden Gesichtspunkte zur Konkretisierung des Abwägungsprogramms, zur Rationalisierung des Abwägungsvorgangs und zur Sicherung der Richtigkeit des Abwägungsergebnisses selbst leisten.<sup>262</sup> Kommt es danach zur Beiziehung, hat die StA im Rahmen des § 474 Abs 1 StPO kein eigenes Prüfungsermessen,<sup>263</sup> sondern kann die Aktenvorlage nur versagen, wenn ein besonderer Versagungsgrund vorliegt.<sup>264</sup> Gegen die Entscheidung, die Ermittlungsakten beizuziehen, muss daher bereits beim Zivilgericht vorgegangen werden. 191

StA und Gerichte müssen danach bei ihren Entscheidungen über den Antrag auf Akteneinsicht jeder Partei zu einer jeweils **begründbaren und begründeten Einzelentscheidung** kommen, in der die Interessen der Beteiligten ausreichend berücksichtigt und abgewogen werden. Anhaltspunkte, welche Interessen dabei zu berücksichtigen sind, ergeben sich aus dem zitierten Beschluss des BVerfG sowie aus einer weiteren Entscheidung des BVerfG zum Schutz der Berufsausübungsfreiheit.<sup>265</sup> Durch diese wird der Rahmen gesteckt, in welchem sich StA und Gerichte, jeweils bezogen auf den aktuellen Verfahrens- und Ermittlungsstand und den Umfang der begehrten Akteneinsicht, bewegen müssen. Es handelt sich um eine Einzelfallentscheidung, bezogen auf den konkreten Stand des Ermittlungs- bzw Zivil- oder Strafverfahrens. 192

Um eine richtige Entscheidung treffen zu können, müssen die jeweiligen Interessen zum Zeitpunkt der Ersuchen festgestellt werden. Dazu ist es unerlässlich, der jeweils anderen Seite rechtliches Gehör zu gewähren. 193

261 Thomas/Kämpfer, in MüKo-StPO, § 147 Rn 37.

262 BVerfG 06.03.2014, 1 BvR 3541/13, Rn 72 (juris) = NJW 2014, 1581, Rn 27 – Beiziehung staatsanwaltschaftlicher Ermittlungsakten im Zivilprozess\*.

263 »Doppeltür-Modell«, vgl BVerfG 06.03.2014, 1 BvR 3541/13, Rn 72 (juris) = NJW 2014, 1581, Rn 18.

264 Wittig in BeckOK StPO, § 474 Rn 10; verfassungsrechtlich unbedenklich, BVerfG 06.03.2014, 1 BvR 3541/13, Rn 72 (juris) = NJW 2014, 1581, Rn 30.

265 BVerfG 14.03.2006, 1 BvR 2087/03, Rn 93 ff (juris) = NVwZ 2006, 1041, 1043 ff – Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse im Verwaltungsstreitverfahren\*.

- 194 Die Ausführungen zur Wahrung der Geschäftsgeheimnisse der Parteien beziehen sich auf Ermittlungsverfahren wegen Verstoßes nach § 23 GeschGehG. Sie können in Verfahren wegen des Verdachts **anderer Straftaten**, in denen die ungerechtfertigte Nutzung von Geschäftsgeheimnissen Teil des Tatvorwurfs ist, übernommen werden.<sup>266</sup> Geschäftsgeheimnisse können bspw in Ermittlungen wegen Betrugs, Untreue oder Ausspähens von Daten eine erhebliche Rolle spielen und die entsprechenden Datenträger können zu den zentralen Beweismitteln gehören. Dokumente und Datenträger, auf denen Geschäftsgeheimnisse gespeichert sind, kommen daher auch in diesen Ermittlungsverfahren als Beweisgegenstände in Betracht. Sie unterliegen dann der Herausgabepflicht, § 95 StPO, und können im Rahmen einer Durchsuchung erhoben werden. Es besteht kein Beschlagnahmeverbot nach § 97 StPO.
- 195 Es ist nicht immer offensichtlich, dass Geschäftsgeheimnisse in den Akten vorhanden sind. Der Inhaber des Geschäftsgeheimnisses sollte daher **Polizei und StA darauf hinweisen**, dass ein solches vorliegt und um angemessenen Schutz bitten. Die nur für Verfahren wegen unlauteren Wettbewerbs geltende Vorgabe der Nr 260b Abs 2 RiStBV, wonach bei Akteneinsicht auf das Vorhandensein von Geschäftsgeheimnissen hinzuweisen ist, muss daher auch in Ermittlungsverfahren wegen anderer Tatvorwürfe aufgegriffen werden.

#### 4. Möglichkeiten der Akteneinsicht

##### a) Akteneinsicht durch den Beschuldigten

- 196 Grundlage der Akteneinsicht des Beschuldigten ist der in § 147 Abs 1, 2 und 4 StPO verankerte Anspruch des Beschuldigten auf Zugang zu den Akten als Ausgestaltung des in Art 103 Abs 1 GG verankerten **Rechtsstaatsprinzips und der Anspruch auf ein faires Verfahren**.<sup>267</sup>

##### aa) Reichweite des Akteneinsichtsrechts

- 197 Solange die **Ermittlungen noch nicht abgeschlossen** sind, kann der Zugang beschränkt werden. Einsicht gewährt werden muss aber in jene Aktenteile, die dem AG vorgelegt wurden, um den Durchsuchungsbeschluss zu bewirken.<sup>268</sup> Eingeschränkt werden kann die Akteneinsicht, um den Ermittlungszweck nicht zu gefährden, § 147 Abs 2 Satz 1 StPO.<sup>269</sup> Eine Einschränkung der Akteneinsicht, um Rechte des Anzeigerstatters zu sichern, sieht die StPO nicht vor.

266 Für das Kartellverfahren: Wessing/Hieramente, NZKart 2015, 168, 170; nicht gefolgt werden in Hinsicht auf die Bedeutung des Geheimnisschutzes kann der Ansicht, es brauche ein konkret drohendes Verhalten des Beschuldigten, um Akteneinsicht verweigern zu können.

267 Vgl BVerfG 04.12.2006, 2 BvR 1290/05, Rn 12 ff (juris) = NSTz 2007, 274 – Unzulässige Versagung der Akteneinsicht\*; BVerfG 04.05.2021, 2 BvR 868/20, Ls = LSK 2021, 10638 für Bußgeldverfahren wegen Geschwindigkeitsüberschreitung; Thomas/Kämpfer, in MüKo-StPO, § 147 Rn 1.

268 Vgl BVerfG 04.12.2006, 2 BvR 1290/05, Rn 18 ff (juris) = NSTz 2007, 274, 275 – Unzulässige Versagung der Akteneinsicht\*.

269 Aber auch nur so lange, sh das Beispiel LG Stuttgart 03.03.2021, 6 Qs 1/21 = BeckRS 2021, 27395.

am Rande – eine Rolle spielen,<sup>5</sup> um eine Geschäftsgeheimnisstreitsache iSd GeschGehG handelt und damit dessen Verfahrensregeln zur Anwendung kommen.

- 4 Zieht man den Anwendungsbereich der Verfahrensregeln des GeschGehG eng, erfahren Geschäftsgeheimnisse einen verfahrensrechtlichen Schutz nur dann, wenn sie selbst den Streitgegenstand<sup>6</sup> iSd prozessual geltend gemachten Anspruchs darstellen. Bei einem weiten Verständnis des Anwendungsbereiches der Verfahrensregeln des GeschGehG könnte der prozessuale Schutz von Geschäftsgeheimnissen auch Fallgestaltungen miteinschließen, in denen **Geschäftsgeheimnisse** etwa **als Verteidigungsmittel** ins Feld geführt werden, ohne dass sie selbst im prozessrechtlichen Sinne streitgegenständlich sind.
- 5 Ausgehend von dieser Problemstellung widmet sich die nachfolgende Darstellung den für die Praxis relevanten verfahrensrechtlichen Fragestellungen in Geschäftsgeheimnisstreitsachen.

## B. Anwendung der Verfahrensregeln des GeschGehG

- 6 Die Verfahrensregeln des GeschGehG gelten für **Geschäftsgeheimnisstreitsachen**.<sup>7</sup> Vorschriften für die vorgerichtliche Rechtsdurchsetzung enthält das GeschGehG – anders als etwa das UWG oder das UrhG mit Regelungen zu Abmahnungen – hingegen nicht; eine analoge Anwendbarkeit entsprechender Normen aus anderen Gesetzen wird man mangels einer planwidrigen Regelungslücke nicht in Betracht ziehen können.<sup>8</sup>

### I. Sachlicher Anwendungsbereich

- 7 In sachlicher Hinsicht kommen die Verfahrensregeln des GeschGehG in Geschäftsgeheimnisstreitsachen zur Anwendung.

#### 1. Geschäftsgeheimnisstreitsachen

- 8 Nach der Legaldefinition in § 16 Abs 1 GeschGehG sind Geschäftsgeheimnisstreitsachen **Klagen**, durch die **Ansprüche nach dem GeschGehG** geltend gemacht werden.
- 9 Vergleichbare Regelungen finden sich in anderen Gesetzen, etwa in § 143 Abs 1 PatG (»Patentstreitsachen« = Klagen, durch die ein Anspruch aus einem der im Patentgesetz geregelten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird), § 140 Abs 1 MarkenG (»Kennzeichenstreitsachen« = Klagen, durch die ein Anspruch aus einem der in diesem Gesetz geregelten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird) oder § 104 S 1 UrhG (»Urheberrechtsstreitsachen« = Rechtsstreitigkeiten, durch die ein Anspruch aus einem der im Urheberrechtsgesetz geregelten Rechtsverhältnisse geltend gemacht wird). Eine ähnliche

5 So beispielsweise in der Patentstreitsache LG München I 20.12.2018, 7 O 10496/17 = BeckRS 2018, 33572.

6 Zum Streitgegenstandsbegriff sh etwa Seiler, in Thomas/Putzo, ZPO, Einl II Rn 1 ff.

7 Vgl die amtliche Abschnittsbezeichnung: »Abschnitt 3 – Verfahren in Geschäftsgeheimnisstreitsachen«.

8 Wie hier Alexander, in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, § 15 GeschGehG Rn 16; vgl zur fehlenden analogen Anwendbarkeit von §§ 13, 13a UWG nF im GeschGehG: OLG München, 08.08.2019 – 29 W 940/19 = GRUR-RR 2019, 443, Rn 14 – Medizinisches Fachpersonal; Löffel, WRP 2019, 1378 f; Keller, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 6 Rn 122 f, mwN; Ohly, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 6 Rn 56; aA Spieker, in BeckOK GeschGehG, § 6 Rn 46.

Regelung findet sich ferner in § 14 UWG; danach sind für alle bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, mit denen ein Anspruch auf Grund des UWG geltend gemacht wird, die Landgerichte ausschließlich zuständig.

Zwischen der **Legaldefinition** einer **Geschäftsgeheimnisstreitsache** einerseits und den andernorts geregelten Patent-, Kennzeichen- oder Urheberrechtsstreitsachen andererseits besteht allerdings ein bedeutsamer Unterschied: Während sich nämlich die Definition der Geschäftsgeheimnisstreitsache auf die **im GeschGehG geregelten gesetzlichen Ansprüche** (§§ 6 ff GeschGehG) beschränkt, sind nach den Definitionen im PatG, MarkenG und UrhG nicht nur gesetzliche Ansprüche erfasst, sondern auch solche Ansprüche, die sich aus den dort jeweils gesetzlich geregelten Rechtsverhältnissen (§ 15 PatG, §§ 27 ff MarkenG, §§ 31 ff UrhG) ergeben können. In den genannten Gesetzen hat dies zu einer weiten Auslegung des jeweiligen Streitsachenbegriffs geführt.<sup>9</sup> Anders verhält es sich mit dem Lauterkeitsrecht: Hier ist die Frage des sachlichen Anwendungsbereiches im Falle vertraglicher Ansprüche<sup>10</sup> umstritten; während Teile der Literatur den Anwendungsbereich eng verstehen,<sup>11</sup> stellt der Bundesgerichtshof einen inhaltlichen Gleichklang von § 14 UWG mit § 140 MarkenG und § 143 PatG her.<sup>12</sup>

**Im GeschGehG** ist eine **weite Auslegung**, wie sie im PatG, MarkenG und UrhG der Rechtspraxis entspricht, angesichts des Gesetzeswortlauts **problematisch**. Dieser beschränkt den Anwendungsbereich auf die im GeschGehG geregelten Ansprüche, was Fallgestaltungen auszuschließen scheint, in denen Ansprüche geltend gemacht werden, die auf anderen Gesetzen<sup>13</sup> bzw auf Vertrag beruhen.<sup>14</sup> Dafür spricht auch die Gesetzesbegründung, die ausdrücklich formuliert, dass die besonderen Verfahrensregeln des GeschGehG nur für Geschäftsgeheimnisstreitsachen und damit weder für Ansprüche, die auf anderen Gesetzen als dem GeschGehG beruhen, noch für Strafverfahren gelten sollen.<sup>15</sup>

Trotz des deutlich erscheinenden Wortlauts und der Gesetzesbegründung könnte allerdings mit Blick auf die BGH-Rechtsprechung zu § 13 UWG a.F. (jetzt: § 14 UWG nF) und die europarechtlichen Vorgaben auch im Falle des GeschGehG eine **weite Auslegung** veranlasst sein. So spricht Art 9 Abs 1 Satz 1 GeschGehRL allgemein von einem »Gerichtsver-

9 Sh für das Urheberrecht Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl 2018, § 104 Rn 2 ff; für das Markenrecht Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 140 Rn 5; für das Patentrecht Grabinski/Zülch, in Benkard, PatG, § 143 Rn 1 ff.

10 Insbesondere Ansprüche wegen der Verwirkung einer Vertragsstrafe.

11 Ausführlich zum Streitstand Köhler/Feddersen, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 14 Rn 2.

12 BGH 19.10.2016, I ZR 93/15, Rn 22 ff (juris) = MMR 2017, 169 – Ausschließliche Zuständigkeit bei Vertragsstrafeansprüchen\*.

13 AA Alexander, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 16 GeschGehG Rn 13 im Falle der Geltendmachung etwa von Ansprüchen aus § 687 Abs 2 BGB bzw § 812 BGB, die eine Geschäftsgeheimnisstreitsache darstellen sollen, wenn sie aus der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses resultieren; dazu auch Kalbfus, WRP 2019, 692, 693.

14 So ausdrücklich auch Begr zum RegE, BT-Drucks. 19/4724 S 34 (zu Abschnitt 3); nach dem Gesetzeswortlaut geht auch Alexander, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 16 GeschGehG Rn 15 davon aus, dass die Verfahrensregeln des GeschGehG in *anderen Zivilverfahren* wie etwa Patentverletzungsverfahren (sh jetzt aber § 145a PatG, unten Rdn 243d ff) oder Streitigkeiten über die Verletzung vertraglicher Geheimhaltungsverpflichtungen nicht unmittelbar anwendbar sind, wobei eine analoge Anwendung in Betracht gezogen wird.

15 Begr RegE GeschGehG, BT-Drucks. 19/4724, S 34.

fahren [...], das den rechtswidrigen Erwerb oder die rechtswidrige Nutzung oder Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zum Gegenstand hat«. Eine Beschränkung auf Ansprüche, die vom deutschen Gesetzgeber im GeschGehG geregelt wurden, findet sich dort nicht. Demzufolge geht die wohl herrschende Meinung in der Literatur davon aus, dass die prozessualen Geheimhaltungsmaßnahmen der §§ 16 bis 20 GeschGehG in richtlinienkonformer Auslegung generell in allen Gerichtsverfahren anwendbar sind, bei denen eine Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses geltend gemacht wird, auch wenn sich die Anspruchsgrundlage in einem anderen Gesetz findet, wie zB angemaßte Eigengeschäftsführung (§ 687 Abs 2 BGB), ungerechtfertigte Bereicherung (§ 812 BGB), vorsätzlich sittenwidrige Schädigung (§ 826 BGB) oder Besichtigung (§§ 809, 810 BGB, sh hierzu Kap 2 Rdn 319).<sup>16</sup>

- 13 Im Übrigen ist für die Anwendung der Zuständigkeits- und Verfahrensregeln **nicht maßgeblich, ob** die geltend gemachten **Ansprüche tatsächlich bestehen**. Nach dem Gesetzeswortlaut kommt es allein darauf an, dass Ansprüche nach dem GeschGehG geltend gemacht werden.<sup>17</sup> Die verbindliche Feststellung eines Geschäftsgeheimnisses ist für die Anordnung von Geheimhaltungsmaßnahmen daher nicht erforderlich.<sup>18</sup> Gleichwohl ist das Vorliegen eines Geschäftsgeheimnisses nach § 20 Abs 3 GeschGehG glaubhaft zu machen, sodass Schutzmaßnahmen nicht ohne jede inhaltliche Prüfung allein wegen der Behauptung eines angeblichen Geschäftsgeheimnisses angeordnet werden müssen.<sup>19</sup>

## 2. Richtlinienkonforme Auslegung des Begriffs »streitgegenständliche Informationen«

- 14 Nach dem Wortlaut von Art 9 Abs 1 GeschGehRL soll der verfahrensrechtliche Schutz von Geschäftsgeheimnissen für Gerichtsverfahren gelten, die den rechtswidrigen Erwerb, die rechtswidrige Nutzung oder die Offenlegung eines **Geschäftsgeheimnisses zum Gegenstand haben**. Die Richtlinie formuliert den sachlichen Anwendungsbereich damit offener als der deutsche Umsetzungsgesetzgeber, der eine Einschränkung auf solche Gerichtsverfahren vorgenommen zu haben scheint, in denen ein Geschäftsgeheimnis nicht nur gegenständlich, sondern im engeren (dogmatischen) Sinne streitgegenständlich ist.<sup>20</sup>
- 15 Ob die GeschGehRL einen verfahrensrechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen auch für Verfahren regelt, in denen das Geschäftsgeheimnis nicht den Streitgegenstand im prozessrechtlichen Sinne darstellt,<sup>21</sup> der klageweise geltend gemacht wird, sondern etwa zum

16 Kalbfus, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 16 Rn 9; ders WRP 2019, 692, 693; Schönknecht, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 16 Rn 7 f; zustimmend Hauck, in Hoeren/Münker, GeschGehG, § 16 Rn 25 und Gregor, BeckOK GeschGehG, § 16 Rn 11; dahingehend auch Alexander, in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, § 15 GeschGehG Rn 11 für Vertragsstrafklagen; Steinbrück/Höll, in Brammsen/Apel, GeschGehG, § 16 Rn 17 und 22; aA Sebulke, Zivilprozessualer Geheimnisschutz im Anschluss an das GeschGehG, S 186 f; Schroeder/Drescher, in Brammsen/Apel, GeschGehG, § 6 Rn 283.

17 Das bewertet Alexander, in Köhler/Bornkamm/Fedderson, UWG, § 16 GeschGehG Rn 10 zutreffend dahin, dass § 16 GeschGehG ganz auf den Schutz des Klägers ausgerichtet ist.

18 So auch Schlingloff, WRP 2018, 666, 669.

19 AA Schlingloff, WRP 2018, 666, 670.

20 § 16 Abs 1 GeschGehG spricht sogar ausdrücklich von als geheimhaltungsbedürftig eingestuftem »streitgegenständlichen Informationen«.

21 So Schlingloff, WRP 2018, 666, 669 f ders, in MüKo-UWG, Vor §§ 15 bis 22 GeschGehG Rn 7; aA Hauck, NJW 2016, 2218, 2222.



Zwecke der Verteidigung vorgebracht werden soll und damit notwendigerweise offengelegt werden muss, wird verbindlich nur der EuGH klären können. Dabei wird als Auslegungshilfe insbesondere Erwägungsgrund 24 der GeschGehRL zu berücksichtigen sein. Dort heißt es zum Schutzzweck der GeschGehRL:

»Angesichts der Möglichkeit, dass die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses im Verlauf von Gerichtsverfahren nicht gewahrt bleibt, schrecken die rechtmäßigen Inhaber von Geschäftsgeheimnissen häufig davor zurück, zum Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse ein Gerichtsverfahren einzuleiten; dies stellt die Wirksamkeit der vorgesehenen Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe infrage. Daher bedarf es – vorbehaltlich geeigneter Schutzmaßnahmen, die das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf und ein faires Verfahren garantieren – spezifischer Anforderungen, die darauf abstellen, die Vertraulichkeit eines Geschäftsgeheimnisses, das Gegenstand eines Gerichtsverfahrens ist, im Verlauf des Verfahrens zu wahren.« 16

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der deutsche Gesetzgeber in der Begründung des neugeschaffenen § 145a PatG,<sup>22</sup> mit dem die §§ 16 bis 20 GeschGehG auch in Patentstreitsachen entsprechend Anwendung finden, den Begriff »streitgegenständliche Informationen« wie folgt erweitert: 16a

Soweit auf die §§ 16 bis 20 GeschGehG verwiesen wird, ist der Begriff der »streitgegenständlichen Information« nicht streng im Sinne des zivilprozessualen Streitgegenstandsbegriffs zu verstehen. Vielmehr umfasst er grundsätzlich alle vom Kläger und vom Beklagten im Rahmen seiner Verteidigung in das Verfahren eingeführten Informationen.

Es spricht also viel dafür, dass gem § 16 Abs 1 GeschGehG sowohl zur Anspruchsbegründung dargelegte Informationen des Klägers als auch zu Zwecken der Rechtsverteidigung entgegengehaltene Informationen des Beklagten als geheimhaltungsbedürftig eingestuft werden können.<sup>23</sup>

### 3. Analoge Anwendung der Verfahrensregeln des GeschGehG in anderen Streitsachen?

Im Falle eines engen, auf klageweise geltend gemachte Ansprüche nach dem GeschGehG beschränkten Verständnisses des sachlichen Anwendungsbereiches der Verfahrensregeln des GeschGehG kommt grds auch eine **analoge Anwendung der Verfahrensregeln** des GeschGehG in anderen Streitsachen in Betracht. 17

Das grds bestehende Bedürfnis für einen über die Regelungen des GVG hinausgehenden verfahrensrechtlichen Schutz von Geschäftsgeheimnissen lässt sich eigentlich kaum bestreiten.<sup>24</sup> Eine entsprechende Interessenlage besteht etwa – um nur ein Beispiel aus der Praxis 18

22 Begr RegE zum Zweiten Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts, BT-Drucks. 19/25821, S 57; sh unten Rdn 243d ff.

23 Kalbfus, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 16 Rn 20 f; ders WRP 2019, 692, 694; Schönknecht, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 16 Rn 27; Gregor, in BeckOK GeschGehG, § 16 Rn 21; Alexander, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 16 GeschGehG Rn 25; Hauck, in Hoeren/Münker, GeschGehG, § 16 Rn 46; Steinbrück/Höll, in Brammsen/Apel, GeschGehG, § 16 Rn 19; Schlingloff, in MüKo-UWG, § 16 GeschGehG Rn 4; McGuire, in Büscher, UWG, § 16 GeschGehG Rn 14.

24 So für Patentstreitsachen ausdrücklich die Begründung des Diskussionsentwurfes des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 14.01.2020 für ein Zweites Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts, mit dem ein neuer (mittlerweile ins Gesetz gekommener) § 145a PatG vorgeschlagen wurde, um die §§ 16 bis 20 GeschGehG auch in Patentstreitsachen entsprechend anwenden zu können.

zu nennen – dort, wo der Beklagte in einem Prozess wegen der Verletzung eines technischen Schutzrechts oder geheimen Know-hows in Anspruch genommen wird und zur **Verteidigung** gegen die behauptete Rechtsverletzung **Einblicke in seine Geschäftstätigkeit** gewähren müsste, die ihrerseits geheimhaltungsbedürftig sein kann; dies gilt nicht nur im Zusammenhang mit den speziellen Informationsansprüchen (§§ 809 BGB, 140c PatG) oder prozessualen Anordnungen (§ 142 ZPO), sondern schon dann, wenn der Beklagte durch eine ihm obliegende sekundäre Darlegungslast substantiiert vortragen muss, die ihn – will er sich erfolgreich verteidigen – zur Offenlegung eines Geschäftsgeheimnisses zwingt.<sup>25</sup>

- 19 Entsprochen hat der Gesetzgeber diesem Bedürfnis neben dem GeschGehG etwa im **Kartellrecht**; nach § 89b Abs 7 GWB trifft das Gericht die erforderlichen Maßnahmen, um den im Einzelfall gebotenen Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen und anderen vertraulichen Informationen zu gewährleisten. Durch diese offen formulierte Verfahrensregelung sind grds sogar Anordnungen möglich, die über das GeschGehG hinausgehen.
- 20 Angesichts des dargestellten Bedürfnisses nach Geheimnisschutz auch außerhalb von Geschäftsgeheimnisstreitsachen im engeren Sinne stellt sich die Frage nach einer analogen Anwendung der Verfahrensregeln des GeschGehG. In der Literatur ist vertreten worden, die GeschGehRL regle den prozessualen Geheimnisschutz für alle Konstellationen eines Geheimnisschutzverfahrens.<sup>26</sup> Der Wortlaut des Art 9 GeschGehRL sehe keine Einschränkungen in Bezug darauf vor, wer auf Aktiv- oder Passivseite steht oder ob es sich gar um das Geheimnis eines Dritten handelt. Das GeschGehG stellt in § 16 allerdings keine inhaltsgleiche Übernahme von Art 9 GeschGehRL dar, sondern bleibt dahinter zurück (sh oben Rdn 12).<sup>27</sup>
- 21 Eine **analoge Anwendbarkeit** der Verfahrensregeln für Geschäftsgeheimnisstreitsachen in anderen Streitsachen **ist fraglich**. Voraussetzung dafür wäre eine planwidrige Gesetzeslücke. Der Gesetzgeber war sich aber ausweislich der Gesetzesbegründung des GeschGehG bewusst, dass »nach bisheriger Rechtslage [...] die Anordnung einer Geheimhaltung von Geschäftsgeheimnissen lediglich über § 174 Abs 3 des Gerichtsverfassungsgesetzes (GVG) möglich« ist. Obwohl damit anerkannt wird, dass ein Schutz von Geschäftsgeheimnissen nach der bisherigen Rechtslage unzureichend ist, hat sich der Gesetzgeber mit dem GeschGehG scheinbar nicht für einen umfassenden Schutz von Geschäftsgeheimnissen – in welcher Gestalt auch immer diese in einem Rechtsstreit auftreten – entschieden, sodass die Annahme einer **unbeabsichtigten Gesetzeslücke** zumindest **schwierig zu begründen** ist.<sup>28</sup>
- 21a Auch die Ausführungen des IV. Zivilsenats in einer zu § 174 Abs 3 GVG ergangenen Entscheidung gibt wenig Hoffnungen für eine Anwendbarkeit der Verfahrensregeln des

25 Deichfuß, GRUR-Prax 2012, 449, 453.

26 Schlingloff, WRP 2018, 666, 669; aA Hauck, NJW 2016, 2218, 2222.

27 AA Schlingloff, WRP 2018, 666, 670.

28 Ebenso Kalbfus, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, Vor §§ 16 bis 20 Rn 4; Schönknecht, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 16 Rn 17 ff; Müller/Aldick, ZIP 2020, 9, 10; Schregle, GRUR 2019, 912, 913; Steinbrück/Höll, in Brammsen/Apel, GeschGehG, § 16 Rn 6; Schlingloff, in MüKo-UWG, Vor §§ 15 bis 22 GeschGehG Rn 6.

GeschGehG jenseits von Geschäftsgeheimnisstreitsachen.<sup>29</sup> Der BGH erteilte einer analogen Anwendung der §§ 16 Abs 1, 20 Abs 1, 5 Satz 1 GeschGehG zur Begründung eines Rechtsmittelrechts gegen die Aufhebung von Geheimhaltungsmaßnahmen nach § 174 Abs 3 GVG eine Absage. In seinem Beschluss führt der BGH ua aus, dass der Gesetzgeber »von einem Gleichlauf der Regelungen des GeschGehG, die ausschließlich für Klagen nach diesem Gesetz gelten (§ 16 Abs 1 GeschGehG), mit den Regelungen im Gerichtsverfassungsgesetz bewusst abgesehen habe«.<sup>30</sup>

Die Befürworter einer planwidrigen Regelungslücke verweisen hingegen auf den bereits oben erwähnten § 145a PatG nF, nach dem die §§ 16 bis 20 GeschGehG auch in Patentstreitsachen entsprechend anzuwenden sind. Damit zeige der Gesetzgeber, dass er den ursprünglichen Anwendungsbereich dieser Normen zu eng bemessen habe.<sup>31</sup> Diesem Argument kann indessen entgegengehalten werden, dass der Gesetzgeber gerade keine allgemein geltenden prozessualen Geheimhaltungsmaßnahmen im Zivilprozess regeln wollte. Vielmehr hat er – in Kenntnis der Kritik – die entsprechende Anwendbarkeit der §§ 16 ff GeschGehG nur im Einzelfall gezielt durch den Verweis in § 145a PatG erweitert. **21b**

Auf ein weiteres Argument gegen eine analoge Anwendung der prozessualen Geheimnisschutzmaßnahmen in anderen Streitsachen macht das Landgericht München I in einem Kartellverfahren aufmerksam:<sup>32</sup> Nach § 17 GeschGehG ist eine Zuwiderhandlung gegen die Vertraulichkeitspflicht und das Verbot zur Nutzung oder Offenlegung der als geheimhaltungsbedürftig eingestuft Informationen ordnungsmittelbedroht. Die Ordnungsmittel sind aber nicht zur Maßnahme zur Willensbeugung des Schuldners, sondern enthalten auch strafrechtliche (repressive) Elemente.<sup>33</sup> Aufgrund dieses strafähnlichen Charakters des § 17 GeschGehG sei eine analoge Anwendung nicht möglich.<sup>34</sup> **21c**

Wie *McGuire* zutreffend anmerkt, sollte der Ausschluss einer analogen Anwendbarkeit der prozessualen Geheimhaltungsmaßnahmen des GeschGehG die Gerichte aber nicht davon abhalten, die **§§ 16 bis 20 GeschGehG als Modell** in solchen Zivilstreitsachen heranzuziehen, in denen andere Gesetze für den Geheimnisschutz ein Ermessen eröffnen, ohne die Geheimhaltungsmaßnahmen konkret zu benennen.<sup>35</sup> Zu denken ist zB an § 19a Abs 1 MarkenG, § 46a Abs 3 Satz 2 Designgesetz oder § 101a Abs 1 UrhG (»Das Gericht trifft die erforderlichen Maßnahmen, um den Schutz vertraulicher Informationen zu gewährleisten«). **21d**

29 BGH, 14.10.2020, IV ZB 8/20, Rn 13 f (juris) = NJW-RR 2020, 1386 – Rechtsmittel gegen Anordnung der Geheimhaltung.

30 BGH, 14.10.2020, IV ZB 8/20, Rn 13 f (juris) = NJW-RR 2020, 1386 – Rechtsmittel gegen Anordnung der Geheimhaltung; offen gelassen von OLG Karlsruhe, 28.10.2020, 6 W 35/20, Rn 43 (juris) = BeckRS 2020, 30799 – Anfechtbarkeit der Bewilligung von Akteneinsicht in die Gerichtsakte.

31 Sebulke, Zivilprozessualer Geheimnisschutz im Anschluss an das GeschGehG, S 356; Hauck, in Hoeren/Münker, GeschGehG, GRUR 2020, 817, 820 f; Steinbrück/Höll, in Brammsen/Apel, GeschGehG, § 16 Rn 22 im Zusammenhang mit einer analogen Anwendung der §§ 16 ff GeschGehG auf Besichtigungsverfahren.

32 LG München I, 01.04.2021 – 37 O 19200/17 (juris) = BeckRS 2021, 12925– LKW-Kartell, Vertraulichkeitsvereinbarung.

33 BVerfG NJW-RR 2007, 860, mwN.

34 LG München I, 01.04.2021 – 37 O 19200/17, Rn 14 (juris) BeckRS 2021, 12925– LKW-Kartell, Vertraulichkeitsvereinbarung.

35 McGuire, in Büscher, UWG, § 16 GeschGehG Rn 17.

## 4. Anwendungsbeschränkungen hinsichtlich der Verfahrensart?

- 22 Das GeschGehG gilt nach § 16 Abs 1 GeschGehG für Klagen, durch die Ansprüche nach dem GeschGehG geltend gemacht werden. Von einer »Klage« spricht man bei der Geltendmachung von Ansprüchen in einem **Hauptsacheverfahren** (sh beispielhaft § 926 Abs 1 ZPO), während im einstweiligen Rechtsschutz von »Gesuch« (§§ 920, 921 ZPO) bzw »Antrag« (§ 937 Abs 2 ZPO) die Rede ist. Auch mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung können indes Ansprüche nach dem GeschGehG geltend gemacht werden, um diese vorläufig zu sichern. Angesichts der Verwendung der Termini »Klage« (§ 15 Abs 1 bis 3, § 16 Abs 1 GeschGehG) und »Gericht der Hauptsache« (§ 16 Abs 1, § 17, § 18, § 19 Abs 1 und 3, § 20 Abs 1, 5 und 6 GeschGehG) in den §§ 15 ff GeschGehG stellt sich die Frage, ob die genannten Verfahrensregeln nach dem Willen des Gesetzgebers nur in Hauptsacheverfahren oder **auch in Verfügungsverfahren** Anwendung finden sollen. Anhaltspunkte für eine Anwendbarkeit allein in Hauptsacheverfahren sind nicht erkennbar<sup>36</sup>. Der Begriff »Klage« wird auch in anderen Gesetzen im Zusammenhang mit der Definition einer Streitsache verwendet, ohne dass damit eine Einschränkung des Anwendungsbereiches auf Hauptsacheverfahren einhergeht.<sup>37</sup> Der Terminus »Gericht der Hauptsache« dient hier – wie etwa auch in § 943 Abs 1 ZPO – allein der Bezeichnung des im Instanzenzug mit der Sache befassten Gerichts; dies wird in § 20 Abs 6 GeschGehG klar gestellt.
- 23 Auch andere Verfahrensarten wie etwa das **Prozesskostenhilfe-, Beweissicherungs- oder Besichtigungsverfahren** dienen der klageweisen Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GeschGehG, soweit die Durchführung dieser Verfahren zur klageweisen Durchsetzung und Begründung der im GeschGehG geregelten Ansprüche erforderlich ist. Auch diese Verfahren sind daher im Hinblick auf die in §§ 15 ff GeschGehG geregelten Verfahrensvorschriften als Geschäftsgeheimnisstreitsachen zu behandeln.<sup>38</sup> Für das **Vollstreckungsverfahren** hat § 19 Abs 3 GeschGehG die Anwendbarkeit der Verfahrensvorschriften für Geschäftsgeheimnisstreitsachen sogar ausdrücklich statuiert.

36 Herrschende Meinung, sh McGuire, in Büscher, UWG, § 16 GeschGehG Rn 19; Alexander, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 16 GeschGehG Rn 12; Kalbfus, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 16 Rn 14; Schönknecht, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 16 Rn 12; Hauck, in Hoeren/Müncker, GeschGehG, § 16 Rn 30 f; Steinbrück/Höll, in Brammsen/Apel, GeschGehG, Vor § 15 Rn 22 und § 16 Rn 20; Schlingloff, in MüKo-UWG, Vor §§ 15 bis 22 GeschGehG Rn 12.

37 Vgl etwa die Kommentierung zu § 140 MarkenG in Ströbele/Hacker/Thiering, MarkenG, § 140 Rn 48 und 52; ausdrücklich auch Ingerl/Rohnke, MarkenG, § 140 Rn 9.

38 Kalbfus, WRP 2019, 692, 693; ders, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 16 Rn 14; Schönknecht, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 16 Rn 13; Schlingloff, in MüKo-UWG, Vor §§ 15 bis 22 GeschGehG Rn 10; Reinfeld, § 4 Rn 20; im Ergebnis ebenso McGuire, in Büscher, UWG, § 16 GeschGehG Rn 15 und Gregor, in BeckOK GeschGehG, § 16 Rn 16; ders, in Hoeren/Müncker, GeschGehG, § 8 Rn 67 ff die eine analoge Anwendung der §§ 16 ff GeschGehG befürworten; sh auch Steinbrück/Höll, in Brammsen/Apel, GeschGehG, § 16 Rn 22, die allerdings §§ 809, 810 BGB nicht erwähnen; aA Alexander, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 16 GeschGehG Rn 13a; Druschel/Jauch, BB 2018, 1794, 1798; Sebulke, Zivilprozessualer Geheimnisschutz im Anschluss an das GeschGehG, S 186 f; Schroeder/Drescher, in Brammsen/Apel, GeschGehG, § 6 Rn 283.

## 5. Anwendungsbeschränkungen hinsichtlich der Klageart?

Einer näheren Betrachtung bedarf die Frage, ob sich aus der Legaldefinition der Geschäftsgeheimnisstreitsache Einschränkungen hinsichtlich der Klageart ergeben. 24

### a) *Leistungsklage des Geschäftsgeheimnisinhabers*

Ausdrücklich umfasst vom Anwendungsbereich der Verfahrensregeln sind nach dem Gesetzeswortlaut Klagen, durch die Ansprüche nach dem GeschGehG geltend gemacht werden. Das ist zumindest einmal die **Leistungsklage**, mit der vom Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses die in den §§ 6 ff GeschGehG geregelten Ansprüche geltend gemacht werden können. 25

### b) *Leistungsklage des vermeintlichen Verletzers*

Zu den Ansprüchen aus dem GeschGehG zählt weiter der **Anspruch** des Anspruchsgegners **auf Ersatz** der für seine **Rechtsverteidigung** erforderlichen **Aufwendungen** für den Fall, dass die Geltendmachung von Ansprüchen missbräuchlich ist (§ 14 Satz 2 GeschGehG). Auch die Geltendmachung dieses Anspruchs ist dem Wortlaut des GeschGehG folgend eine Geschäftsgeheimnisstreitsache, da ein Anspruch nach dem GeschGehG geltend gemacht wird. Damit kommen auch die Verfahrensregeln des GeschGehG zur Anwendung. 26

Nicht im GeschGehG geregelt sind hingegen über diesen Aufwendungsersatzanspruch hinausgehende **Unterlassungs-, Auskunfts- oder Schadenersatzansprüche des Anspruchsgegners**. Solche sind gleichwohl denkbar, etwa wenn die Behauptung von Ansprüchen nach dem GeschGehG zu Unrecht erfolgt und der Anspruchsgegner deshalb in der Folge etwa – bis zur gerichtlichen Klärung des Bestehens solcher Ansprüche – seine Produkte vom Markt genommen hat. Dass das GeschGehG sich mit der Regelung solcher Gegenansprüche – mit Ausnahme des in § 14 Satz 2 GeschGehG geregelten Aufwendungsersatzanspruchs – nicht befasst, liegt zunächst einmal offensichtlich am zentralen Schutzziel des Gesetzes, dem Schutz des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses. Es stellt sich daher die Frage, ob die Verfahrensregeln des GeschGehG auch – über den in § 14 Satz 2 GeschGehG geregelten Aufwendungsersatzanspruch hinaus – für Ansprüche des Anspruchsgegners gelten. Unmittelbar nach dem Gesetzeswortlaut ist das nicht der Fall, denn solche Ansprüche werden im GeschGehG nicht geregelt und können daher auch nicht Gegenstand von Klagen sein, durch die Ansprüche nach dem GeschGehG geltend gemacht werden. Es besteht in diesen Fällen aber auch kein Bedürfnis für die Anwendung der verfahrensrechtlichen Regelungen zum Geheimnisschutz, sofern der Anspruchsgegner nicht seinerseits geltend macht, Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses zu sein. 27

Beruft sich der vermeintliche Verletzer in einer gegen ihn angestregten Geschäftsgeheimnisstreitsache zur Verteidigung seinerseits auf ein Geschäftsgeheimnis, kommt ein Gegenangriff in Gestalt einer **Widerklage** in Betracht.<sup>39</sup> Gem. § 16 Abs 1 GeschGehG handelt es sich auch bei einem widerklagend geltend gemachten Geschäftsgeheimnis um eine Geschäftsgeheimnisstreitsache, wenn Ansprüche wegen der Verletzung dieses Geschäftsgeheimnisses geltend gemacht werden. 28

39 Wie hier Alexander, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 16 GeschGehG Rn 10; McGuire, in Büscher, UWG, § 16 GeschGehG Rn 23; Schönknecht, in Keller/Schönknecht/Glinke, GeschGehG, § 16 Rn 11 mwN.

heimnisses geltend gemacht werden. Zu beachten ist allerdings die ausschließliche Zuständigkeit am allgemeinen Gerichtsstand des (Wider-) Beklagten nach § 15 Abs 2 Satz 1 GeschGehG, weshalb wegen §§ 33 Abs 2, 40 Abs 2 Nr 2 ZPO eine Widerklage häufig nicht vor dem Gericht der Hauptklage verhandelt werden kann.<sup>40</sup> Regelmäßig wird es in diesen Konstellationen aber nicht darum gehen, dass der Kläger seinerseits das Geschäftsgeheimnis des Beklagten unerlaubt erlangt, genutzt oder offengelegt hat und insofern Ansprüche wegen Rechtsverletzungen des Klägers im Raum stehen, die widerklagend geltend gemacht werden sollen; vielmehr geht es lediglich um das Verteidigungsvorbringen des Beklagten dahin, die klägerseits behauptete Rechtsverletzung unter Hinweis auf die Nutzung eines eigenen Geschäftsgeheimnisses in Abrede zu stellen. Dies ist kein Fall einer Widerklage, sodass das zur Verteidigung ins Feld geführte Geschäftsgeheimnis mangels klageweiser Geltendmachung auch nicht als geheimhaltungsbedürftig eingestuft werden kann.<sup>41</sup>

### c) Feststellungsklagen des Geschäftsgeheimnisinhabers

- 29 Für eine **Feststellungsklage** (einschließlich der Feststellungswiderklage oder der Zwischenfeststellungsklage) des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses wird es mit Blick auf die Anwendung der Verfahrensregeln des GeschGehG nach dem Gesetzeswortlaut darauf ankommen, ob mit dieser Ansprüche nach dem GeschGehG geltend gemacht werden.<sup>42</sup> Bejahen können wird man dies – unabhängig von der Frage der Zulässigkeit einer solchen Feststellungsklage – immer dann, wenn das **Bestehen von im GeschGehG geregelten Ansprüchen** festgestellt werden soll. Maßgeblich ist dabei, dass mit der Geltendmachung eine solche im prozessualen Sinne gemeint ist. Zwar kann in diesen Fällen streng genommen nicht davon gesprochen werden, dass solche Ansprüche – im Sinne einer Leistungsklage – geltend gemacht werden. Schon die in das Kleid einer Feststellungsklage gewandete Behauptung, es bestünden Ansprüche nach dem GeschGehG, wird man allerdings als deren prozessuale Geltendmachung ansehen können: Mit der Feststellungsklage wird geltend gemacht, dass solche Ansprüche bestehen.
- 30 Denkbar ist allerdings auch eine Situation, in der vom Inhaber eines Geschäftsgeheimnisses keine Ansprüche nach § 6 GeschGehG geltend gemacht werden, sondern dieser eigentlich nur festgestellt wissen möchte, Inhaber eines bestimmten Geschäftsgeheimnisses zu sein (etwa, weil die Inhaberschaft seitens des Beklagten bestritten wird, der diese vielleicht sogar für sich selbst in Anspruch nimmt). Auch in diesem Fall einer **Streitigkeit über die Inhaberschaft eines Geschäftsgeheimnisses** besteht ein Bedürfnis zum Schutz des

40 Kuta, in Hoeren/Münker, GeschGehG, Vorb §§ 15 bis 22 Rn 23; Steinbrück/Höll, in Bramsen/Apel, GeschGehG, § 15 Rn 10; aA Zhu/Popp, GRUR 2020, 338, 340 ff, die § 15 GeschGehG systematisch, teleologisch und richtlinienkonform dahingehend auslegen, dass § 33 Abs 2 ZPO im Falle einer Widerklage, mit der Ansprüche nach dem GeschGehG geltend gemacht werden, nicht anwendbar sein soll; zustimmend Gregor, in BeckOK GeschGehG, § 15 Rn 13.

41 Deshalb wird in der Stellungnahme der GRUR zum Diskussionsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts gefordert, den Begriff der »streitgegenständlichen Information« dahin zu konkretisieren, dass auch Informationen zur Klageverteidigung Geschäftsgeheimnisse sein können, die dem Geheimnisschutz der §§ 16 bis 19 GeschGehG unterfallen.

42 Weiter scheinbar Alexander, in Köhler/Bornkamm/Feddersen, UWG, § 15 GeschGehG Rn 18 und McGuire, in Büscher, UWG, § 16 GeschGehG Rn 23, wonach § 15 Abs 1 GeschGehG ohne Einschränkung anwendbar sein soll, wenn eine Feststellung begehrt wird.

streitgegenständlichen Geschäftsgeheimnisses. Sollen auch in solchen Konstellationen die geheimnisschützenden Regelungen der §§ 15 ff GeschGehG zur Anwendung kommen, ist zweierlei denkbar: Einerseits könnte an eine klageweise Geltendmachung eines mit **Erstbegehungsgefahr** begründeten Unterlassungsanspruches gedacht werden, wie § 6 Satz 2 GeschGehG dies vorsieht; eine solche ohne weiteres in den Anwendungsbereich der §§ 15 ff GeschGehG fallende Leistungsklage ist dann erfolgversprechend, wenn dargelegt werden kann, dass der Gegner nicht nur die Inhaberschaft des Klägers bestreitet, sondern aufgrund dessen auch eine erstmalige Rechtsverletzung zu besorgen ist (**vorbeugender Unterlassungsanspruch**).<sup>43</sup> Alternativ ist, wenn die Inhaberschaft bestritten wird, ohne dass eine drohende Rechtsverletzung dargetan werden kann, daran zu denken, einen Feststellungsantrag zu formulieren, dessen Kern die Frage der Inhaberschaft ist, der aber gleichzeitig die sich aus der Inhaberschaft (von Gesetzes wegen und damit unabhängig von etwa im Raum stehenden Verletzungshandlungen) ergebenden gesetzlichen Ansprüche benennt; auch damit dürfte das Erfordernis einer Klage, durch die Ansprüche nach dem GeschGehG geltend gemacht werden, erfüllt sein. Denn letztlich wird mit dem Bestreiten der Inhaberschaft immer auch (zumindest konkludent) in Abrede gestellt, dass der sich der Inhaberschaft Berühmende die gesetzlichen Ansprüche geltend machen kann. Die Frage, ob es sich bei entsprechend formulierten Feststellungsklagen um die (prozessuale) Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GeschGehG handelt, wird man daher kaum verneinen können.

- Feststellungsanträge des Inhabers eines Geschäftsgeheimnisses können – wenn die Verfahrensregeln der § 15 ff GeschGehG zur Anwendung kommen sollen – dahin gefasst werden, dass 31  
 »mit [Angabe des betreffenden Geschäftsgeheimnisses] ein Geschäftsgeheimnis besteht, als dessen Inhaber der Kläger berechtigt ist, Ansprüche wegen unerlaubter Erlangung, Nutzung oder Offenlegung nach dem GeschGehG geltend zu machen.«

#### d) Feststellungsklagen des vermeintlichen Verletzers

Wer sich gegen die Behauptung eines Dritten verteidigen muss, dessen Geschäftsgeheimnis verletzt zu haben, kann sowohl die Inhaberschaft des Dritten als auch die Rechtsverletzung – also das Bestehen entsprechender Ansprüche – bestreiten. Berufet er sich im Rahmen seiner Verteidigung nicht auf ein eigenes Geschäftsgeheimnis, besteht seinerseits kein Bedürfnis, die geheimnisschützenden Regelungen der §§ 16 ff GeschGehG für sich selbst fruchtbar zu machen. 32

Anders liegt es, wenn sich der vermeintliche Verletzer unter Berufung auf die Nutzung eines **eigenen Geschäftsgeheimnisses** gegen den Verletzungsvorwurf verteidigt; diese Konstellation kann nicht nur in Geschäftsgeheimnistreitsachen, sondern etwa auch in Patentverletzungsprozessen auftreten.<sup>44</sup> In diesen Fällen besteht auf Seiten des vermeintlichen Verletzers ein Bedürfnis, die Verfahrensregeln zum Geheimnisschutz aus dem Gesch- 33

<sup>43</sup> Zhu/Popp, GRUR 2020, 338, 341 f schlagen sowohl dem Kläger als auch dem Beklagten eines Patentverletzungsstreits vorbeugende Unterlassungsanträge vor, sofern sie geheime Beweismittel einführen und schützen wollen.

<sup>44</sup> Daher ist mit dem Zweiten Gesetz zur Vereinfachung und Modernisierung des Patentrechts vom 10.08.2021 (BGBl Teil 1 Nr 53 S 3490) ein neuer § 145a PatG eingeführt worden, nach dem auch in Patentstreitsachen die §§ 16 bis 20 GeschGehG entsprechend anzuwenden sind (sh unten Rdn 243d ff).

GehG zur Anwendung bringen zu können, da er ja zu seiner Rechtsverteidigung die Benutzung eines eigenen Geschäftsgeheimnisses geltend macht.<sup>45</sup> Mit dieser Verteidigung kann er letztlich nur durchdringen, wenn er dieses eigene Geschäftsgeheimnis auch offenlegt, da sein Verteidigungsvorbringen andernfalls nicht nachprüfbar ist und als unsubstantiiert zurückgewiesen werden wird. Voraussetzung für die Erlangung eines entsprechenden Verfahrensschutzes ist nach § 16 Abs 1 GeschGehG eine Klage, durch die Ansprüche nach dem GeschGehG geltend gemacht werden. Grds kommt aus Sicht des vermeintlichen Verletzers insoweit eine **Zwischenfeststellungswiderklage** nach § 256 Abs 2 ZPO in Betracht; der »Klagebegriff« des § 16 Abs 1 GeschGehG ist insofern neutral, unterscheidet also nicht nach der Klageart. Entscheidend ist allein, dass mit der Klage Ansprüche nach dem GeschGehG geltend gemacht werden. Ein Ansatzpunkt dafür könnte sein, dass der vermeintliche Verletzer durch die Verletzungsklage in der Nutzung seines Geschäftsgeheimnisses beeinträchtigt wird. Eine solche Beeinträchtigung begründet nach § 6 Satz 1 GeschGehG einen gesetzlichen Anspruch aber nur im Falle einer Rechtsverletzung, also einer unerlaubten Erlangung, Nutzung oder Offenlegung. Hieran dürfte es in dieser Konstellation aber regelmäßig fehlen, denn Gegenstand der Rechtsverteidigung ist – wie gezeigt – regelmäßig nicht die Nutzung des Geschäftsgeheimnisses des Beklagten durch den Kläger.

- 34 Abhilfe schaffen kann hier mit Blick auf die Tatbestandsvoraussetzungen des § 16 Abs 1 GeschGehG, wenn die **Nutzung eines eigenen Geschäftsgeheimnisses** durch den Beklagten **klägerseits bestritten** wird, ein Feststellungsantrag des Inhalts, dass der Beklagte Inhaber des zur Rechtsverteidigung vorgebrachten Geschäftsgeheimnisses ist und als solcher berechtigt ist, Ansprüche wegen unerlaubter Erlangung, Nutzung oder Offenlegung nach dem GeschGehG geltend zu machen. Die Frage, ob es sich bei entsprechend formulierten Anträgen um die (prozessuale) Geltendmachung von Ansprüchen nach dem GeschGehG handelt, wird man dann kaum verneinen können. Die **Inhaberschaft eines Geschäftsgeheimnisses** kann auch Gegenstand einer (Zwischen-) Feststellungsklage sein, da damit die aus einem konkreten Lebenssachverhalt entstandene Rechtsbeziehung einer Person zu einer Sache betroffen ist;<sup>46</sup> es handelt sich also um ein nach § 256 Abs 2 ZPO **feststellungsfähiges Rechtsverhältnis**.
- 35 Die Zwischenfeststellungswiderklage ist auch gegenüber einer **Feststellungswiderklage** vorzugswürdig, da wegen der für die Feststellungswiderklage geltenden ausschließlichen Zuständigkeit (§ 15 Abs 2 Satz 1 GeschGehG) nicht in jedem Fall gewährleistet ist, dass Klage und Widerklage in einem einheitlichen Rechtsstreit behandelt werden. Dem Anliegen des Beklagten, für sein Verteidigungsvorbringen Verfahrensschutz nach §§ 16 ff GeschGehG zu erlangen, kann daher mit einer Feststellungswiderklage im Falle einer abweichenden Gerichtszuständigkeit nicht entsprochen werden. Zwar wird in der Literatur teilweise angenommen, die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Prozessgerichts gelte für die Zwischenfeststellungsklage nicht, wenn für deren Streitgegenstand ein ausschließlicher Gerichtsstand besteht.<sup>47</sup> Diese Auffassung ist jedoch schon dem Grundsatz nach abzuleh-

45 So auch Steinbrück/Höll, in Brammsen/Apel, GeschGehG, § 16 Rn 24, die eine analoge Anwendung der §§ 16 ff GeschGehG auf negative Feststellungsklagen befürworten.

46 Zu den allgemeinen Voraussetzungen eines feststellungsfähigen Rechtsverhältnisses sh etwa BGH 19.11.2014, VIII ZR 79/14, Rn 23 (juris) = NJW 2015, 873; instruktiv ferner Becker-Eberhard, in MüKo-ZPO, § 256 Rn 11 ff.

47 Vgl Becker-Eberhard, in MüKo-ZPO, § 256 Rn 91; ohne eine solche Einschränkung Foerste, in Musielak, ZPO, § 256 Rn 43.



nen. Entscheidendes Kriterium für die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage kann nicht sein, ob die Zuständigkeit des Gerichts für eine isolierte Feststellungsklage gegeben wäre, denn eine solche isolierte Klage wird gerade nicht erhoben. Vielmehr genügt nach der Konzeption des § 256 Abs 2 ZPO schon die Vorgeiflichkeit für die Zulässigkeit der Zwischenfeststellungsklage. Im Übrigen regelt § 15 Abs 2 Satz 1 GeschGehG auch nicht etwa eine ausschließliche gerichtliche Zuständigkeit für einen bestimmten Streitgegenstand, sondern für einen bestimmten Beklagten, weshalb die in der Literatur diskutierte Beschränkung der Zwischenfeststellungsklage schon gar nicht einschlägig ist.

► Eine Zwischenfeststellungswiderklage des Beklagten, der sich zur Verteidigung gegen den Vorwurf der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses oder eines Patentes auf ein eigenes Geschäftsgeheimnis beruft, kann – wenn die Verfahrensregeln der § 15 ff GeschGehG zur Anwendung kommen sollen – dahin gefasst werden, dass

»der Beklagte gegenüber dem Kläger berechtigt ist, Produkte nach dem zu seinen Gunsten bestehenden Geschäftsgeheimnis [*Angabe des betreffenden Geschäftsgeheimnisses*], als dessen Inhaber er Ansprüche wegen unerlaubter Erlangung, Nutzung oder Offenlegung nach dem GeschGehG geltend machen kann, herzustellen und zu vertreiben.«<sup>48</sup>

## 6. Gemischte Streitsachen

In der Praxis wird es nicht selten vorkommen, dass ein Rechtsstreit mit Blick auf die Klageansprüche keine »sortenreine« Geschäftsgeheimnisstreitsache darstellt. Neben Ansprüchen aus dem GeschGehG können nach den Regeln der ZPO nämlich ohne weiteres auch Ansprüche aus anderen Gesetzen bzw vertragliche Ansprüche in einer Klage geltend gemacht werden. Man denke nur daran, dass der Gegner nicht nur ein Geschäftsgeheimnis des Klägers nutzt, sondern dabei gleichzeitig eine Markenverletzung begeht. Oder: Der Kläger macht im Rahmen einer Klage mit dem Hauptantrag einen Unterlassungsanspruch wegen der Verletzung eines Geschäftsgeheimnisses nach dem GeschGehG geltend; hilfsweise stützt er die Klage auf den Verstoß gegen eine vertragliche Geheimhaltungsverpflichtung aus einem Forschungs- und Entwicklungsvertrag.

Das **GeschGehG** enthält **keine gesonderten Regelungen** dazu, wie in einem Fall des Zusammentreffens verschiedener Streitgegenstände hinsichtlich der Anwendung der Zuständigkeits- bzw Verfahrensregeln des GeschGehG zu verfahren ist. Nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers wird man allerdings Folgendes sagen können: Die Regelungen des GeschGehG finden nur Anwendung auf Geschäftsgeheimnisstreitsachen. Soweit sich also in einer Klage Streitgegenstände finden, die keine Geschäftsgeheimnisstreitsachen iSd GeschGehG darstellen, gelten die Zuständigkeits- und Verfahrensregelungen des GeschGehG nicht.<sup>49</sup> Grds ist also denkbar, dass mit Blick auf die in einer Klage geltend gemachten Ansprüche unterschiedliche Zuständigkeits- bzw Verfahrensregeln zur Anwendung kommen.

Im Hinblick auf die Verfahrensregelungen zum Geheimnisschutz gestalten sich die Dinge insofern etwas schwieriger; so einfach die Trennung zwischen Geschäftsgeheimnisstreitsache und Nicht-Geschäftsgeheimnisstreitsache abstrakt sein mag, so schwierig ist die prakti-

<sup>48</sup> Für ein weiteres Beispiel eines Antrags einer Zwischenfeststellungswiderklage sh Muster »Klageerwiderung« in Kap 5 Rdn 93.

<sup>49</sup> Zustimmend Kuta, in Hoeren/Münker, GeschGehG, Vorb §§ 15 bis 22; aA Kalbfus, in Harte-Bavendamm/Ohly/Kalbfus, GeschGehG, § 15 Rn 5 und § 16 Rn 13.